Die Haftung des Erben für die Handelsschulden des Erblassers.

(§ 27 des Handelsgesetzbuchs.)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

bacc. iur. **Werner Siegismund,**

Referendar in Bernstadt in Sachsen.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1910.

Meiner Mutter!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546804_0037

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

Erster Teil.

Die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen des § 27.

§ 1. Der Wortlaut des § 27 3
§ 2. Der Begriff des Handelsgeschäfts 4
§ 3. Die Zugehörigkeit zum Nachlaß 8
§ 4. Die Fortführung des Geschäfts durch den Erben 10

Zweiter Teil.

Die Rechtswirkungen des § 27.

§ 5. Der Inhalt und die rechtliche Natur der Haftung des § 27 18
§ 6. Die Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma 26
§ 7. Ausschluß der direkten Haftung 37
§ 8. Die Anwendbarkeit des § 25 Abs. 2 48
§ 9. Die Fortführung des Geschäfts unter Veränderung der Firma . . . 52
§ 10. Das Rechtsverhältnis beim Vorhandensein mehrerer Erben 57

Quellenverzeichnis.

Adler im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 3. Berlin 1890.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin 1896.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Leipzig 1901.

Boehm, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. Hannover 1900.

Boehm in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot, Bd. 42. Berlin 1898.

Bolte in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von Goldschmidt, Bd. 51. Stuttgart 1901.

Busch im Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts Bd. 1. Leipzig 1863.

Cohn in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot, Bd. 42. Berlin 1898.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Aufl. Stuttgart 1910.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 3. Aufl. Bd. 5. Halle 1905.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. Mannheim 1908.

Eccius in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot, Bd. 43. Berlin 1899.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 8. Aufl. München 1909.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. Lehrbuch. 8. Aufl. Berlin 1909.

Gareis, Handausgabe des Handelsgesetzbuchs. 4. Aufl. München 1909.

Goldmann, Eduard, in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot, Bd. 43. Berlin 1899.

Goldmann, Samuel, in der Festgabe für Wilke. Berlin 1900.

Goldmann, Samuel, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1. Berlin 1901.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1900.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Vorträge. 2. Aufl. Mannheim 1900.

Händel, Die Schuldenhaftung des Erben nach § 27 HGB. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1906.

Jaeger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs im neuen Reichsrecht. 1898.

Korn, Das neue Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin und Leipzig 1901.

Lehmann, Karl, Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1908.
Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1902.
Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 13. Aufl. Berlin 1906.
Materialien zum Handelsgesetzbuch, herausgegeben von Hahn, fortgesetzt von Mugdan. Berlin 1897.
Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Mugdan. Berlin 1899.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 4. Aufl. Berlin 1905.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Aufl. Berlin 1908.
Planck in der Deutschen Juristenzeitung. 1898.
Ritter, Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts. Vorträge. Berlin 1900.
Seuffert in der Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 22.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. Berlin 1906.
Stegemann, Die Vererbung eines Handelsgeschäfts. In den Rostocker rechtswissenschaftlichen Studien Bd. 1 Heft 3. Leipzig 1903.
Strohal, Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl. Berlin 1903.

Einleitung.

Ein jedes Handelsgeschäft stellt einen Organismus dar, der von der Person des Geschäftsinhabers so weit unabhängig ist, daß er fortdauern kann, auch wenn der Geschäftsinhaber wechselt. Deshalb wurden auch von jeher kaufmännische Geschäfte wie Sachen verkauft und verpachtet, verpfändet und von Todes wegen übertragen.

Aber erst der neuesten Zeit der deutschen Gesetzgebung blieb es vorbehalten, die Rechtsfolgen dieser Vorgänge gesetzlich festzulegen, insbesondere Bestimmungen über die rechtlichen Schicksale eines Handelsgeschäfts im Falle des Erbgangs zu treffen.

Nirgends zuvor findet sich in den Rechtsquellen eine eingehende Erörterung über diese Materie, weder im römischen Rechte, noch in der mittelalterlichen Literatur, noch in den Landesrechten der neueren Zeit. Die Nürnberger Kommission zur Beratung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs hat deshalb die Sonderart des Geschäftsübergangs auf den Erben des früheren Inhabers durchaus nicht unbeachtet gelassen; doch die Schwierigkeiten, die dieser Fall der Gesetzgebung bot, führten dazu, daß überhaupt auf eine gesetzliche Regelung verzichtet wurde. Kam ein solcher Fall zur Beurteilung, so gelangten die gewöhnlichen, also in der Regel landesrechtlichen Normen des Erbrechts zur Anwendung. Aber weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung der höchsten Gerichtshöfe wurden die Rechtsfolgen des durch Erbfolge vermittelten Übergangs eines Handelsgeschäfts zum Gegenstande wissenschaftlicher Erörterungen oder prinzipieller Entscheidungen gemacht.

Die neueste Zeit mit ihrem gewaltigen Aufschwung in Handel und Verkehr verlangte gebieterisch eine gesetzliche Regelung dieser

Verhältnisse. Und diesem Rufe ist auch unser neues deutsches Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 nachgekommen, indem es in seinem § 27 in Verbindung mit § 25, der den Geschäftsübergang unter Lebenden regelt, zum ersten Male gesetzliche Vorschriften über die rechtlichen Wirkungen der Vererbung eines Handelgeschäfts gibt.

Die juristischen Grundlagen und Konstruktionen auf diesem Gebiete sind jedoch mit gutem Grunde der Tätigkeit der Wissenschaft vorbehalten geblieben. Sie hat sich denn auch eingehend mit allen diesen Fragen befaßt, so daß die Auslegung und Anwendung des § 27 zu verschiedenartigen, oft sich widersprechenden Ansichten namhafter Juristen geführt hat.

Es soll die Aufgabe dieser Arbeit sein, die Bestimmungen des § 27 inhaltlich und ihren Rechtswirkungen nach eingehend zu erörtern und dabei die zahlreichen in Wissenschaft und Rechtsprechung vertretenen Auffassungen zu berücksichtigen.

Erster Teil.

Die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen des § 27.

§ 1.

Der Wortlaut des § 27.

Die Bestimmung des § 27 lautet:

„Wird ein zu einem Nachlasse gehörendes Handelsgeschäft von dem Erben fortgeführt, so finden auf die Haftung des Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten die Vorschriften des § 25 entsprechende Anwendung.

Die unbeschränkte Haftung nach § 25 Abs. 1 tritt nicht ein, wenn die Fortführung des Geschäfts vor dem Ablaufe von drei Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfalle der Erbschaft Kenntnis erlangt hat, eingestellt wird. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 206 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung. Ist bei dem Ablaufe der drei Monate das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft noch nicht verloren, so endigt die Frist nicht vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist".

Bevor auf die Bedeutung und die rechtlichen Wirkungen dieser Vorschriften näher eingegangen wird, ist es erforderlich, einige allgemeinere Betrachtungen vorauszuschicken, die sich insbesondere mit den Voraussetzungen des § 27 und deren Begriffsbestimmungen zu beschäftigen haben.

§ 2.

Der Begriff des Handelsgeschäfts.

Das erste Glied in der Kette der Voraussetzungen des § 27 ist das Vorhandensein eines Handelsgeschäfts. Und mit der Frage: Was ist ein Handelsgeschäft? wird sich diese Arbeit zunächst zu befassen haben.

Begriffe, die dem Laien als vollkommen klar erscheinen, erweisen sich sehr häufig bei einer wissenschaftlichen Behandlung als höchst schwierig und problematisch. Gleichwohl darf sich die Wissenschaft solchen Erörterungen nicht entziehen. Die Jurisprudenz kann sich nun freilich nicht wie die reine Logik auf die analytische Zerlegung der Begriffe beschränken, wenn anders sie nicht zu der mit Recht gegeißelten Begriffsjurisprudenz ausarten will; vielmehr hat sie die hohe Aufgabe, die Fülle der Erscheinungen des rechtlichen und wirtschaftlichen Lebens von logischen Gesichtspunkten aus unter bestimmte Normen zu bringen und so den Begriff dem Objekt, das Objekt dem Begriff anzupassen, ein Verfahren, bei dem eine lichtvolle Klarheit der logischen Deduktion so unerläßlich ist wie eine gesunde Fühlung mit der Praxis des Lebens. Von diesem Gesichtspunkte aus aber stellt sich als einer der schwierigsten Rechtsbegriffe der des Handelsgeschäfts dar.

Das Gesetz gibt nirgends eine grundlegende Begriffsbestimmung. Und wie sollte auch der Gesetzgeber einem Begriffe, der sich als so elastisch unter dem Einfluß der Praxis erweist, der so abhängig ist von der kasuellen Beurteilung, der so unterworfen ist der Auf- und Niederwärtsbewegung des kaufmännischen Lebens, das knappe Kleid juristisch bindender Formeln anlegen. Nein, der Auslegung des Einzelfalls, der Beurteilung der örtlichen und zeitlichen Verhältnisse soll diese Begriffsbestimmung vorbehalten sein.

Im Leben wird wohl kein Zweifel über den Umfang und Inhalt eines Handelsgeschäfts bestehen, wird wohl auch bei jeder Veräußerung eines Handelsgeschäfts genau festgelegt werden, was alles in den Kreis der Begriffe gehört, die den Oberbegriff „Handelsgeschäft" bilden.

Anders liegt die Sache, und hier wird eine festere Begriffsbestimmung kaum als entbehrlich erscheinen, wenn ein Handels-

geschäft durch Todesfall in andere Hände übergeht. Hier öffnet sich der Wissenschaft ein weites Feld für ihre Betätigung, ein Feld, auf dem sie eine Fülle von Definitionen hervorgebracht hat.

Das ist auch erklärlich. Im praktischen Leben erblicken wir unter dem Begriff des Handelsgeschäfts zunächst eine Anzahl verschiedener Gegenstände vereinigt. Wir sehen die Geschäftsräume, die Warenvorräte, die mannigfachsten Utensilien von den einfachsten bis zu den kompliziertesten und kostspieligsten, die Geschäftsaktiva. Aber nicht nur greifbare und reale Dinge bilden den Begriff des Geschäfts. Man denke an ein Warenhaus, dessen Lage an einem verkehrsreichen Punkte einer Großstadt eine notwendige Voraussetzung für einen ertragreichen Betrieb bildet, an eine Fabrik, deren hoher Reingewinn ohne die Fabrikgeheimnisse, die Patent- und anderen Schutzrechte nicht gedacht werden kann. Alle diese so verschiedenen Momente, reale Objekte, Geschäftsbeziehungen, Lage, Kredit usw. sind nach außen hin durch die Firma als ein geschlossenes Ganzes charakterisiert, und besonders da, wo die Firma mit dem Personennamen des jeweiligen Inhabers nicht übereinstimmt, muß man diesem Ganzen eine gewisse tatsächliche und rechtliche Selbständigkeit einräumen. Dieser Gedanke hat seine Berechtigung, nur darf man darin nicht so weit gehen, daß man wie F. Mommsen von einer juristischen Persönlichkeit spricht.[1]) Aus der Verschiedenartigkeit der Bestandteile, aus denen sich das Handelsgeschäft zusammensetzt, erklären sich die Schwierigkeit und somit auch die zahlreichen Versuche, eine nach allen Seiten hin erschöpfende Definition aufzustellen. Die eine und andere Begriffsbestimmung möge hier folgen.

Strohal sagt: Das Handelsgeschäft ist ein Komplex von aus dem tatsächlichen Betrieb eines Handelsgewerbes sich ergebenden und in die Zukunft wirkenden Beziehungen.[2])

Cosack nennt das Geschäft das Handelsunternehmen eines Kaufmanns als Ganzes. Es umfaßt also nicht bloß gewisse körperliche Sachen, z. B. den Laden, die Waren, die Handelsbücher, sondern auch alle Forderungen und Verpflichtungen, die für den

---

[1]) vgl. hierzu die Ausführungen Gareis' in seinem Lehrb. S. 72.

[2]) Strohal, Erbrecht 3. Aufl. Bd. 1 S. 22, Berlin 1903.

Unternehmer im Gewerbe entstehen, die tatsächlichen Beziehungen zu den Kunden des Geschäfts, die Geschäftsgeheimnisse usw.[1])

Ähnlich wie Cosack äußert sich Staub. Unter dem Handelsgeschäft versteht er den Komplex alles dessen, was zum Betriebe des betreffenden Handelsgewerbes gehört. Im weitesten Umfange gehören dazu die zugehörigen beweglichen und unbeweglichen Gegenstände, die zugehörigen Rechte und die sogenannten Chancen des Geschäfts, d. h. die tatsächlichen Beziehungen, welche den Betrieb ermöglichen oder fördern, mögen sie nun in Fabrikationsgeheimnissen oder in der Kenntnis von Bezugs- oder Absatzquellen oder in dem durch reelles Geschäftsgebaren oder hervorragende Leistungen erworbenen geschäftlichen Vertrauen oder Rufe bestehen; auf der anderen Seite gehören dazu die Verbindlichkeiten des Geschäfts.[2]) [3])

Wie man sieht, sind hier Begriffsbestimmungen im weitesten Umfange und in allgemeinster Fassung aufgestellt. Die angeführten Autoren tragen damit der Schwierigkeit Rechnung, eine kurze und prägnante Definition des Handelsgeschäfts zu geben und zugleich diesen die verschiedenartigsten Momente umfassenden Begriff erschöpfend darzustellen. Abgesehen von dieser praktischen Erwägung geht die Ansicht Staubs und Cosacks noch dahin, daß das Geschäft begrifflich als eine universitas juris oder wenigstens facti, als ein Gesamtvermögen aufzufassen sei und daß zu diesem Gesamtvermögen alles, was mit dem Betriebe des Handelsgeschäfts im Zusammenhang steht, mit Notwendigkeit gehört, insbesondere also die Geschäftsforderungen und -verbindlichkeiten. Stegemann hält diese Auffassung für unhaltbar und stützt sich dabei auf den Fall der Veräußerung des Handelsgeschäfts und die hierfür gegebenen Bestimmungen des § 25 HGB.[4]) Das Gesetz ist allerdings von dem Gedanken beherrscht, daß Geschäftsforderungen und Geschäftsschulden nicht mit Notwendigkeit im Begriff des

---

[1]) Cosack, Lehrb. S. 50.

[2]) Staub, Komm. 8. Aufl. 1906 Bd. 1 S. 136 Anm. 4.

[3]) vgl. auch Busch in Buschs Arch. Bd. 1, Leipzig 1863.

[4]) Stegemann, Die Vererbung eines Handelsgeschäfts, Leipzig 1903, S. 14 ff.

Handelsgeschäfts enthalten sind; denn sonst müßten sie ja im Falle eines Geschäftsübergangs ipso jure auf den neuen Inhaber übergehen.[1]) Demgegenüber stellt jedoch das geltende Recht in § 25 Bestimmungen auf, wonach die Forderungen bloß dann auf den neuen Inhaber übergehen, wenn der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben. Und für die Geschäftsverbindlichkeiten tritt die Haftung des Erwerbers bloß dann ein, wenn er die Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt. Es stützt sich also dieser Übergang von Schulden und Forderungen auf einen Willensakt der Parteien. Im Falle der Veräußerung des Handelsgeschäfts ist also nicht das der Zweck, daß das Handelsvermögen auf den Erwerber übergeht, vielmehr soll der Übernehmer in den Geschäftsbetrieb des bisherigen Inhabers eingewiesen werden, er soll die Kundschaft, die Absatzgebiete, Geschäftsgeheimnisse, kurz alle Momente, ohne die ein gewinnbringender Betrieb des Geschäfts nicht gedacht werden kann, kennen lernen und so in die Lage versetzt werden, wie der bisherige Inhaber und an dessen Stelle das Geschäft zu betreiben. An den Zweck der Veräußerung des Handelsgeschäfts anknüpfend sucht Stegemann einen von ihm geforderten möglichst engen Begriff und stellt als solchen auf „die Möglichkeit und Gelegenheit zum Geschäftsbetrieb".[2])

Stegemann sagt nämlich, bei einer so elastischen Materie müsse man auf eine Legaldefinition von vornherein verzichten, und er schlägt deshalb vor, den Begriff des Geschäfts nach seiner engsten und weitesten Sphäre abzugrenzen. Unzweifelhaft liegt darin der Vorteil, daß zwischen beiden Definitionen genügend Spielraum für die Aufstellung einer im konkreten Falle nach allen Seiten hin erschöpfenden Begriffsbestimmung bleibt, die sich zwischen beiden Extremen bewegt. Und nun der von Stegemann aufgestellte weitere Begriff des Handelsgeschäfts! Es würde zu weit führen, seinen interessanten Ausführungen, bei denen er insbesondere auf deutschrechtliche Grundsätze zurückgreift,

---

[1]) vgl. hierüber Karl Adler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 3 S. 28, Berlin 1890.

[2]) Ähnlich Binder, Die Rechtsstellung des Erben Teil 1 S. 32 ff., Leipzig 1901.

zu folgen. Von Bedeutung ist für diese Abhandlung lediglich sein Endergebnis, das hier mitgeteilt sei: Handelsgeschäft im weitesten Sinne ist soviel wie Handelsvermögen, d. h. die Gesamtheit der durch den Betrieb eines Handelsgewerbes vereinigten Vermögensbestandteile und Beziehungen von Vermögenswert.[1])

Stegemanns Auffassung teilen Düringer-Hachenburg. Das Handelsgeschäft im weitesten Sinne, so heißt es in ihrem Kommentar, besteht aus der Gesamheit der durch den Betrieb eines konkreten kaufmännischen Unternehmens zu einem Ganzen verbundenen aktiven und passiven Vermögenswerte. Im engsten Sinne ist jedoch für ein bestehendes Handelsgeschäft begriffswesentlich bloß ein gewisser Kern, nämlich die Möglichkeit, den Betrieb des Geschäfts in seinem bisherigen individuellen Charakter weiterzuführen.[2]) [3])

Beachtenswert erscheint auch der Fall, daß zu dem Handelsgeschäft eine Zweigniederlassung gehört. Hier hat man im Falle eines Geschäftsübergangs von Todes wegen zwischen zwei Möglichkeiten zu unterscheiden: entweder die Zweigniederlassung verbleibt nach wie vor ein Teil des Hauptgeschäfts, und die für das letztere zur Anwendung gelangenden Vorschriften gelten auch für die Filiale. Oder aber, und dieser Fall wird häufig eintreten, es löst sich die Zweigniederlassung von dem Hauptgeschäft. Dann aber können die Bestimmungen des § 27 nicht zur Anwendung gelangen, da es sich nicht mehr um den Übergang eines bestehenden, sondern um Begründung eines neuen Geschäfts handelt.[4])

§ 3.

Die Zugehörigkeit zum Nachlaß.

Für die Voraussetzungen des § 27 kommt in erster Linie das Vorhandensein eines Handelsgeschäfts in Betracht. Zum Tat-

---

[1]) Stegemann S. 23 ff.

[2]) Düringer-Hachenburg, Komm. 2. Aufl. Bd. 1 S. 242, Mannheim 1908.

[3]) Über das Handelsgeschäft vgl. auch Behrend, Lehrb. Bd. 1 S. 202 ff., Berlin 1896; Bolte in Zeitschr. Bd. 51 S. 418; Goldmann, Komm. Bd. 1 S. 89, Berlin 1901; Lehmann-Ring, Komm. Bd. 1 S. 89, Berlin 1902.

[4]) Staub Bd. 1 S. 137, 179.

bestande ist nun weiter erforderlich, daß das Handelsgeschäft zu einem Nachlasse gehört.

Nachlaß im Sinne von § 1922 BGB. ist die Gesamtheit der vermögensrechtlichen Beziehungen des Erblassers, soweit sie nicht mit dessen Tode erlöschen.[1])

Es möge hier gleich folgendes Erwähnung finden: Nachlaß ist auch das Vermögen dessen, der kraft einer Fiktion für tot gilt, nämlich eines Verschollenen von dem Augenblicke der Todeserklärung ab. Denn die Todeserklärung des § 18 BGB. begründet die gesetzliche Vermutung, daß der Verschollene in dem Zeitpunkte gestorben sei, der in dem die Todeserklärung aussprechenden Urteile festgestellt ist. Für den Fall der einfachen, langfristigen Abwesenheitsverschollenheit wird der § 27 HGB. wohl kaum praktische Bedeutung haben, jedoch ist sehr wohl denkbar, daß im Falle einer Verschollenheit durch Krieg, Seefahrt oder in besonderer Lebensgefahr (§§ 15, 16, 17 BGB.) das Geschäft des Verschollenen durch Vertreter oder Geschäftsführer ohne Auftrag, z. B. durch Familienangehörige, fortgeführt wird und im Augenblick der Todeserklärung noch besteht.

Wie im vorigen Paragraphen ausgeführt worden ist, bedeutet Handelsgeschäft im weitesten Sinne ein Vermögen, und es kann daher nicht zweifelhaft sein, daß man es auch zur Erbschaft rechnen muß. Vermögensbestandteil des Erblassers ist das Handelsgeschäft nun nicht nur dann, wenn der Erblasser der Eigentümer des Handelsgeschäfts war, sondern auch, wenn es sich auf Grund eines beschränkten Rechts unter dem Vermögen des Erblassers befand. Auch wenn der Erblasser z. B. Pächter des Handelsgeschäfts war, liegt eine so enge rechtliche und tatsächliche Beziehung zu den übrigen Vermögensstücken des Erblassers vor, daß man von einer Zugehörigkeit des Geschäfts zum Nachlasse reden kann. Nur darf es sich bei diesen beschränkten Rechten nicht um ein sogen. höchstpersönliches und vererbliches Recht handeln. Ein Nießbrauchsrecht an einem Handelsgeschäft würde also keine Zugehörigkeit für dieses zu einem Nachlasse begründen.

Die Möglichkeit, daß ein Handelsgeschäft zu einem Nachlasse

---

[1]) Planck, Komm. z. BGB. Bd. 5 S. 10.

gehören kann, wird lebhaft bestritten. Binder insbesondere vertritt diese Auffassung, indem er eine gegenteilige Ansicht, wie sie in den Bestimmungen des geltenden Rechts zum Ausdrucke gelangt, als unvereinbar mit den Vermögensbegriffen des Bürgerlichen Gesetzbuchs hinstellt.[1])

Gegen seine Ausführungen wendet sich vor allem Strohal. Er erkennt zwar die eingehenden und scharfsinnigen Ausführungen Binders an, aber dennoch erklärt er sich sachlich nicht durch sie für befriedigt. Er pflichtet dem von Binder aufgestellten Unterschiede zwischen Handelsgeschäft und Handelsvermögen völlig bei, auch darin, daß das Handelsgeschäft kein subjektives Recht sei. Aber, so fährt er fort, infolge des vom Erblasser begonnenen Handelsbetriebes ergab sich für den Erblasser doch eine (wenn auch nur unvollkommen) rechtlich geschützte Position, vermöge deren er seinen Handelsbetrieb als einen durch die bisherigen Betriebshandlungen individualisierten fortsetzen konnte. Die Vererbung eines Handelsgeschäfts besteht also darin, daß der Erbe in diese rechtliche Position eintritt und ihm die rechtmäßige Fortsetzung des vom Erblasser eingeleiteten Handelsbetriebes eröffnet wird.[2])

Strohal trägt dann diese Streitfrage auf das Gebiet rein erbrechtlicher Grundsätze hinüber, insbesondere auf das Wesen der Gesamtnachfolge, in der man, so sagt er, nicht lediglich eine Nachfolge in die Rechte des Erblassers erblicken darf. Näher auf diese Ausführungen einzugehen, gehört jedoch nicht in den Rahmen dieser Abhandlung. Wie dem auch sei, das Gesetz stellt die Zugehörigkeit des Handelsgeschäfts zu einem Nachlasse als Voraussetzung und somit auch als Möglichkeit auf.

§ 4.

Die Fortführung des Geschäfts durch den Erben.

Endlich, und damit schließt die Kette der tatsächlichen Voraussetzungen des § 27, muß das zum Nachlaß gehörende Handels-

---

[1]) Binder S. 31 ff.

[2]) Strohal Bd. 1 S. 22 Anm. 38.

geschäft von einem oder mehreren Erben als Ganzes fortgeführt werden. Die Fortführung durch den Erben äußert sich nun in doppelter Hinsicht: einmal, indem man die Betonung auf das Wort „Führung" legt; es müssen die Beziehungen des Erben zu dem Handelsgeschäfte durch eine führende, leitende Tätigkeit zum Ausdruck gelangen. In welcher Weise dies geschehen muß, läßt sich in allgemeiner Form nicht sagen, es hängt das bei der Fülle der Erscheinungsformen im kaufmännischen Leben in erster Linie vom Einzelfall ab. Bei einem kleinen Ladengeschäft wird zur „Führung" des Geschäfts die persönliche Leitung des Warenverkaufs und der Abschluß der Anschaffungsgeschäfte gehören. Und umgekehrt wird sich oft die Führung, die Leitung seitens des Geschäftsherrn auf die zeitweilige Erteilung von Anordnungen beschränken; man denke an ein überseeisches Geschäft, dessen Leitung in erster Linie durch den auswärtigen Vertreter des Geschäftsinhabers erfolgt, während sich dessen Tätigkeit auf die Erteilung allgemeinster Anordnungen beschränkt, ja oft monatelang überhaupt nicht in die Erscheinung tritt.

In dem Begriff der Fortführung ist aber auch der der Fortsetzung enthalten. Es ist also erforderlich, daß das vom Erben geführte Geschäft als eine Fortsetzung des Geschäfts des Erblassers anzusehen ist. Dabei ist ein Stillstand des Geschäfts von geringer Dauer oder eine geringe sachliche Veränderung in der Art der Geschäftsführung keineswegs als ein die Fortsetzung ausschließendes Moment anzusehen. Wenn ein Geschäft beim Tode des Inhabers bis zum Tage der Beerdigung geschlossen wird, oder wenn in den Geschäftsbetrieb neue Branchen eingeführt werden, so wird daraus wohl kaum jemand den Schluß ziehen, daß der Begriff der Fortsetzung des Geschäfts verneint sei. Um diese Wirkung hervorzubringen, muß erst ein Ruhen des Geschäftsbetriebes von erheblicher Zeitdauer hinzukommen, um der gleichartigen Geschäftstätigkeit des Erben den Charakter einer Fortsetzung der früheren Geschäftsführung zu nehmen. Oder — im zweiten Falle — es müssen einschneidende Umwälzungen, Neuregelungen in der Art der Geschäftsführung eintreten, ehe man sagen kann: das ist ein völlig neues Geschäft! Veränderungen des Betriebes sind ja nicht ausgeschlossen, solange das indivi-

duelle Geschäft dadurch seinen Charakter nicht verliert.[1]) Indessen ist mit alter Schärfe die Forderung aufzustellen, daß das erworbene konkrete Handelsgeschäft als solches fortgesetzt wird. Die bisherige Firma darf nur „für das Geschäft" (§ 22 HGB.) fortgeführt werden, wie es durch dieselbe individualisiert ist.[2]) Daher ist die Auffassung nicht zu billigen, daß eine völlige Umwandlung der Branche und des Betriebes dann immer zulässig sei, wenn sie nur allmählich und ohne vollständige vorherige Abwicklung des früheren Unternehmens erfolge.[3]) Händel vertritt in seiner Dissertation über die Schuldenhaftung des Erben nach § 27 des Handelsgesetzbuchs diese Meinung und sagt: Wenn nur das Geschäft zunächst vom Erben eine Zeitlang fortgeführt worden ist, so daß niemand mehr an der Absicht, das Geschäft des Erblassers fortzusetzen, zweifeln kann; später kann dann der Erbe das Geschäft verändern wie er will. Er hält es in sozialer Hinsicht für unpolitisch und für eine Härte, dem fortführenden Erben das Recht zu versagen, das Geschäft in eine neue Branche überzuleiten. Er begründet dies damit, daß viele Gegenstände, die der Mode unterworfen sind, sich sehr schnell überleben und dann bloß noch mit Verlust auf dem Markte fortgeführt werden können. Dem Erben aber als einzigen anderen Ausweg die Auflösung des Geschäfts zu lassen, sei ebenso unbillig.[4])

Händel verliert hier die Fühlung mit dem Leben: Ein Modeartikel, der sich überleben kann, wird kaum jemals der einzige Vertriebsgegenstand eines Geschäfts sein. Führt ein Geschäft bloß einen Artikel, so wird dieser der Mode nicht so unterworfen sein und es höchst selten dazu kommen, daß man ihn wegen Mangel an Nachfrage aufgeben muß. In der Regel aber werden sich, dem fortschreitenden Bedürfnis entsprechend, Verbesserungen ermöglichen lassen. Geht aber tatsächlich einmal der Artikel des Geschäfts trotz Verbesserungen usw. nicht mehr, nun, so muß man allerdings vom Erben die Fortführung unter Verlust oder die

---

[1]) vgl. RG. Bd. 46 S. 152.

[2]) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 233 Anm. 4; Goldmann Bd. 1 S. 94 II, 1; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 85 Nr. 8B.

[3]) So Staub Bd. 1 S. 139 Anm. 10.

[4]) Händel S. 24, 25.

Auflösung des Geschäfts fordern. Anders ist's, wenn ein Geschäft mehrere Artikel führt, und so wird es stets bei Modeartikeln sein! Da wird aber auch an dem Charakter des Geschäfts nichts geändert, wenn z. B. ein Warenhaus die Herrenkonfektionsabteilung aufgibt oder eine solche neu einrichtet, oder wenn ein großes Importgeschäft den Vertrieb von Kaffee aufgibt und sich bloß noch auf den Verkauf von Kakao beschränkt.

Händel schränkt freilich seine freiere Auffassung wieder ein, indem er die dolose Veränderung für unzulässig erklärt.[1]) Indessen hat diese Beschränkung keinen praktischen Wert. Der Erbe wird seinen Dolus stets unter einem Schein des Rechten verdecken können, also, indem er nach Händel sagt: Ich kann den Artikel nur noch unter Verlust fortführen. So würde er stets in der Lage sein, sich den Vorteil einer renommierten Firma für ein gänzlich neues Unternehmen zu sichern. Damit aber würde er die Vorschrift des § 23 HGB. umgehen, wonach eine Firma nicht ohne das Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird, veräußert werden kann, was analog auch für die Vererbung einer Firma zu gelten hat. Nein, die Aufrechterhaltung des individuellen Charakters muß für die Fortführung des Geschäfts als begriffsnotwendig ohne Einschränkung gefordert werden.

So flüssig auch die Grenzen sein mögen, in der Praxis wird man ja wohl kaum jemals im Zweifel sein, ob ein vererbtes Handelsgeschäft fortgeführt wird und als Fortsetzung des vom Erblasser innegehabten Handelsgeschäfts anzusehen ist.

Erwähnenswert ist noch, daß es dem Begriffe der Fortführung und somit auch der Anwendbarkeit des § 27 keinen Abbruch tut, wenn sich die Geschäftsführung des Erben nicht unmittelbar an die des Erblassers anschließt. Also, man denke an den Fall einer einstweiligen Geschäftsführung durch einen Testamentsvollstrecker, einen Nachlaßverwalter oder Nachlaßpfleger. Ebenso ist möglich, daß die Erbschaft von dem zunächst Berufenen nicht angenommen wird oder der zunächst berufene Erbe infolge von Tod oder Erbunwürdigkeit ausfällt. Nach § 2344 BGB. gilt für den Fall, daß der Erbe für erbunwürdig erklärt

---

[1]) Staub Bd. 1 S. 129 6./7. Aufl., Berlin 1900; Händel S. 25.

worden ist, der Anfall an ihn als nicht erfolgt. Wie nun aber, wenn der später für erbunwürdig erklärte Erbe das Handelsgeschäft übernommen hat und für ihn bereits die Haftung aus § 27 HGB. eingetreten ist? Man wird nach der Bestimmung des § 2344 BGB., der zufolge der Erbanfall als nicht erfolgt gilt, auch die Konsequenzen, insbesondere die Haftung aus § 27 HGB., als nicht eingetreten ansehen müssen, eine Entscheidung, die nur der Billigkeit entspricht. Denn man wird dem Erbunwürdigen nicht die Lasten einer Erbschaft aufbürden können, wenn ihm nicht die Rechte und Vorteile dauernd zufallen.

Endlich ist der Fall einer Nacherbfolge denkbar. Der Vorerbe, in dessen Person die Haftung des § 27 HGB. eingetreten ist, wird an und für sich nicht durch den Eintritt der Nacherbfolge befreit. Es wird jedoch zu seinen Gunsten nach Analogie von § 26 HGB. eine fünfjährige Verjährungsfrist anzunehmen sein, die mit dem Ende des Tages beginnt, an dem der Nacherbe als Inhaber der Firma in das Handelsregister eingetragen worden ist. Nach Eintritt der Nacherbfolge wird der Vorerbe insoweit befreit, als die Haftung des Nacherben eintritt (§ 2145 BGB.).[1])

In allen diesen Fällen wird man eine Fortführung des Handelsgeschäfts durch den definitiven Erben nicht verneinen können.

Die Fortführung muß ferner durch den Erben erfolgen. Erbe ist derjenige, auf den der Nachlaß als Ganzes übergeht (§ 1922 BGB.). Ob das nun kraft Gesetzes, Testaments oder Vertrags geschieht, ist für die Wirkungen des § 27 HGB. unerheblich.

Streitig ist die Frage, ob der § 27 auch auf den Vermächtnisnehmer zur Anwendung gelangt. Unbedingt ist dies zu bejahen, wenn das Legat eines zum Nachlaß gehörenden Geschäfts infolge seines Umfangs als Erbeinsetzung ausgelegt werden muß.[2]) Dies wird jedoch verhältnismäßig selten vorkommen, und die Streitfrage bleibt deshalb noch offen. Der Tatbestand des § 27 enthält die Voraussetzung, daß die Fortführung durch den „Erben" zu erfolgen hat, nicht aber durch den „Vermächtnisnehmer". Unter

[1]) Böhm, Erbrecht S. 425 2. Aufl. 1900.

[2]) Böhm S. 425; Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 274 Anm. 14.

die Bestimmungen des § 27 kann also der Vermächtniserwerb nicht fallen. Ferner: Nach § 2174 BGB. hat der Vermächtnisnehmer lediglich einen obligatorischen Anspruch gegenüber dem Erben auf Übereignung des Vermächtnisgegenstandes. Er erwirbt also das ihm Vermachte nicht ipso jure beim Erbfall, sondern erst in Verfolgung des ihm dem Erben gegenüber zustehenden obligatorischen Anspruchs. Deshalb sehen viele in dem Erwerb des Vermächtnisnehmers einen Erwerb unter Lebenden, und sie wollen deshalb für den Fall, daß ein Handelsgeschäft den Gegenstand des Vermächtnisses bildet, den § 25 HGB. direkt in Anwendung gebracht wissen.[1])

Bolte findet diese Auffassung in der Entstehungsgeschichte der §§ 25 und 27 begründet. Er sagt, aus dem § 25 des ersten Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs für das Deutsche Reich vom Jahre 1896, der die sämtlichen Fälle eines Geschäftsübergangs, also auch den Erwerb durch einen Legatar enthalte, sei ein Einzelfall, nämlich der Erwerb des Erben, herausgehoben und für diesen im allgemeinen schon geregelten Fall noch eine Sonderbestimmung in § 25 dieses ersten Entwurfs aufgestellt worden. Durch den zweiten Entwurf ist nun insofern eine Änderung eingetreten, als der Geschäftsübergang auf den Erben überhaupt von den übrigen Fällen getrennt wurde. Daraus folgert nun Bolte: Da aber kein Anhalt dafür gegeben ist, daß man den Geschäftserwerb durch den Vermächtnisnehmer von der Anwendung der hier in Rede stehenden Rechtssätze entgegen dem ersten Entwurf hat ausschließen wollen, so muß angenommen werden, daß auch dieser Fall in dem Anwendungsgebiet der allgemeinen Bestimmung, die jetzt im § 25 enthalten ist, zurückgeblieben ist.[2])

Die Mehrzahl der Juristen geht jedoch nicht so weit und hält höchstens eine analoge Anwendung des § 25 HGB. für zulässig.

Einmal ist in der Anordnung des die causa des Geschäftserwerbs bildenden Vermächtnisses kein obligatorischer Vertrag zu erblicken. Auch kann man die Erfüllung durch den Erben nicht als Erwerbsakt auffassen. Sodann ist im § 25 HGB. der

---

[1]) Böhm S. 425.

[2]) Bolte S. 422/23.

Erwerb unter Lebenden vorausgesetzt. Der § 1369 BGB. aber bezeichnet den Erwerb durch Vermächtnis ausdrücklich als Erwerb von Todes wegen. Nun erwirbt allerdings, wie bereits oben ausgeführt ist, der Vermächtnisnehmer das ihm Vermachte rein tatsächlich erst unter Lebenden, nämlich auf Grund seines obligatorischen Rechts gegenüber dem Beschwerten. Der Zeitpunkt des tatsächlichen Übergangs aber ist für den Tatbestand des § 27 entscheidend. Und dieser Übergang erfolgt unter Lebenden. Denn von einer Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Legatar und einer unter Umständen daraus erwachsenden Haftung kann man erst dann sprechen, wenn das Geschäft tatsächlich auf ihn übergegangen ist. Hieraus ergibt sich die Berechtigung, den Erwerb durch Vermächtnis nach Analogie von § 25 zu behandeln. Ebenso müssen in analoger Weise diese Bestimmungen auf das Vorausvermächtnis (§ 2150 BGB.) ausgedehnt werden.[1])

Für den Tatbestand des § 27 aber kommt der Fall, daß ein zum Nachlaß gehörendes Handelsgeschäft der Gegenstand eines Vermächtnisses ist und vom Legatar fortgeführt oder eingestellt wird, nicht in Betracht.

Ebensowenig wie über den Erwerbsgrund schreibt das Gesetz etwas bezüglich der Person des Erben vor; es mag eine physische Person sein oder eine juristische, der § 27 findet in gleicher Weise Anwendung. Es ist auch nicht erforderlich, daß die Fortführung durch den Erben in Person erfolgt; er kann sich ebensogut eines Vertreters bedienen. Besonders häufig wird die Fortführung durch die noch vom Erblasser bestellten Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten sein, deren Vertretungsbefugnis ja nach § 52 HGB., §§ 672, 675 BGB. mit dem Tode des Geschäftsinhabers nicht erlischt.

Ferner gilt auch eine Geschäftsführung ohne Auftrag seitens eines Dritten als Fortführung durch den Erben, wenn dieser sie nachträglich genehmigt.

---

[1]) vgl. Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 274 Anm. 14; Goldmann S. 102 bbβ; Jaeger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs 1898 S. 4; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 100 Nr. 7; Staub, Komm. Bd. 1 S. 154 Anm. 2, S. 172 Anm. 32; Makower, Komm. Bd. 1 S. 122 I c 13. Aufl., Berlin 1906.

Sehr häufig wird die Fortführung des Geschäfts durch einen gesetzlichen Vertreter des Erben vorkommen. Dieser Fall bereitet keine Schwierigkeiten, solange die Beziehungen zwischen dem Vertreter und dem Erben in vermögensrechtlicher Hinsicht auf das Vertretungsverhältnis beschränkt sind, wie z. B. beim Vormund. Anders liegt der Fall, wenn der Vertreter zugleich ein eigenes Recht an dem Vermögen des Erben hat, wie es bei der elterlichen Gewalt vorliegt. Hier sind zwei Möglichkeiten gegeben: Entweder führt der Vertreter das Geschäft auf Grund seines eigenen Verwaltungsrechtes für sich selbst und im eigenen Namen fort, oder er betreibt es lediglich als Vertreter des Gewaltunterworfenen und behält sich auf Grund seines Nutznießungsrechtes nur die Reinerträge vor (§§ 1649, 1652 BGB.). Ob das eine oder andere der Fall ist, wird häufig nur aus der Eintragung des Inhabers in das Handelsregister zu entnehmen sein. Findet sich kein Eintrag, so wird man im Zweifel annehmen müssen, daß der Vertreter das Geschäft im eigenen Namen fortführt, falls nicht der Wille, in fremdem Namen zu handeln, erkennbar hervortritt (§ 164 Abs. 2 BGB.).

Aus der Betrachtung des § 27 HGB. scheidet es natürlich aus, wenn der gesetzliche Vertreter das Geschäft auf eigene Rechnung und im eigenen Namen, also kraft seines eigenen Verwaltungsrechtes fortführt. Ist doch das Tatbestandserfordernis der Fortführung durch den „Erben" nicht erfüllt.

Eine Fortführung durch den Erben liegt nicht vor, wenn der Ehemann der Erbin die Leitung übernimmt, es sei denn, daß er auf Grund ausdrücklicher oder stillschweigender Vollmacht als vertragsmäßiger Vertreter der Erbin handelt; denn nach keinem der Güterrechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt der Ehemann als allgemeiner gesetzlicher Vertreter der Ehefrau. Ebensowenig kann die Fortführung durch den Nachlaßpfleger, Nachlaßverwalter, Nachlaßkonkursverwalter oder Testamentsvollstrecker unter die Bestimmungen des § 27 fallen, weil allen diesen Personen die Eigenschaft eines gesetzlichen Vertreters des Erben mangelt. Im Gegenteil, sie vertreten sogar gegen ihn gleichzeitig die Interessen der Nachlaßgläubiger.[1])

[1]) Bolte S. 424/25; Stegemann S. 101/02.

Zweiter Teil.

Die Rechtswirkungen des § 27.

§ 5.

Der Inhalt und die rechtliche Natur der Haftung des § 27.

Nach Art. 2 EG. z. HGB. kommen neben den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs die des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Anwendung, insoweit es im Handelsgesetzbuch an einschlägigen Bestimmungen fehlt. Dies gilt auch für die Vererbung des Handelsgeschäfts. Denn das Handelsgesetzbuch ist weit davon entfernt, eine grundsätzliche, allgemeine Regelung erbrechtlicher Verhältnisse zu geben. Es enthält lediglich einige Sonderbestimmungen erbrechtlicher Natur, die die ergänzende Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs keineswegs ausschließen. Den Charakter einer derartigen Sondervorschrift trägt auch der § 27. Die darin ausgesprochene Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten ist an das Vorhandensein eines bestimmten Tatbestands geknüpft. Indessen haftet der Erbe schon nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für die Nachlaßschulden, zu denen bei Vererbung eines Handelsgeschäfts auch die Geschäftsschulden gehören, es sei denn, daß er die Erbschaft überhaupt ausschlägt. Diese Haftung nach bürgerlichem Recht tritt in der Person des Erben ein, mag er nun das Geschäft fortführen oder die Fortführung einstellen oder den Betrieb überhaupt nicht übernehmen, beschränkt natürlich durch die vom Bürgerlichen Gesetzbuch gegebenen Rechtsbehelfe. Diese Erbenhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch bleibt auch für den Erben bestehen, wenn die besonderen Bestimmungen des § 27 Platz greifen. Die Prinzipien der Erbenhaftung nach dem Bürger-

lichen Gesetzbuch sind daher auch für den Erben eines Handelsgeschäfts von einer gewissen Bedeutung, und es scheint angezeigt, sie zur Ergänzung und Vervollständigung einer kurzen Betrachtung zu würdigen, bevor auf die rechtliche Natur und die Grundsätze der besonderen Haftung aus § 27 eingegangen wird.

Ein besonderer Streit herrscht vor allem über die Entscheidung der Frage, welcher Art die Erbenhaftung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist. Die einen halten sie für eine grundsätzlich auf den Nachlaß beschränkte,[1]) andere wieder behaupten, daß das Bürgerliche Gesetzbuch auf dem Standpunkte der grundsätzlich unbeschränkten Haftung stehe.[2]) Eine dritte Ansicht vertritt Strohal, obwohl man ihn fälschlich als Vertreter der grundsätzlich unbeschränkten Haftung angesehen hat. Er sagt, daß man die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Erbenhaftung auf eine ganz einfache Formel nicht zurückführen könne und daß keine der beiden ersten Auffassungen dem Standpunkt des Gesetzes völlig gerecht werde. Er sucht deshalb zu vermitteln und nennt die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine grundsätzlich auf den Nachlaß „beschränkbare". Beschränkbar ist die Haftung insofern, als der Erbe zwar anfänglich unbeschränkt mit Nachlaß und Vermögen haftet, jedoch in der Lage ist, sich dieser unbeschränkten Haftung durch Gebrauch der ihm zu diesem Zweck zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfe zu entziehen. In diesem Sinne ist die Haftung aber auch keine beschränkte, da der Erbe nicht schon ipso jure bloß mit dem Nachlaß haftet.[3]) Dies ist das Prinzip der erbrechtlichen Haftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch; auf die rechtliche Natur der Haftung aus § 27 wird später noch ein-

---

[1]) Binder Bd. 2 S. 61 ff.; Eccius in Gruchots Beitr. Bd. 43 S. 603; Goldmann, Komm. S. 128, 2b; Goldmann E. in Gruchots Beitr. Bd. 43 S. 428 ff.; Hachenburg, Vorträge S. 369 ff.; Seuffert in Zeitschr. f. Zivilprozeß Bd. 22 S. 498, 512, 522; Staub Bd. 1 S. 165 Anm. 6.

[2]) Böhm in Gruchots Beitr. Bd. 42 S. 455; Fischer-Henle, Handausgabe des BGB., Vorbem. zu § 1967; Neumann, Handausgabe des BGB., Vorbem. zu § 1967; Planck, Komm. Bd. 5 S. 93 ff.; Planck in DJZ. 1899 Nr. 18.

[3]) Strohal Bd. 2 S. 190 ff.

gegangen werden. Zunächst sollen hier rein äußerlich die Rechtsfolgen betrachtet werden, welche der § 27 für den im ersten Teile dieser Abhandlung dargelegten Tatbestand anordnet. Sie sind im Gesetz durch die Worte bezeichnet: „So finden auf die Haftung des Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten die Vorschriften des § 25 entsprechende Anwendung".

Der § 25 HGB. lautet:

> „Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, falls der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben.
>
> Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist.
>
> Wird die Firma nicht fortgeführt, so haftet der Erwerber eines Handelsgeschäfts für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere, wenn die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekannt gemacht worden ist".

Der zweite Satz des ersten Absatzes mit seinen Bestimmungen über den Übergang der im Betriebe begründeten Forderungen kommt für den § 27 nicht in Betracht, da sich dessen Rechtswirkungen lediglich auf die früheren Geschäftsverbindlichkeiten beziehen. Einer besonderen Anordnung über die Geschäftsforderungen bedarf es auch nicht, da sie bereits kraft Erbrechts unverkürzt auf den Erben übergehen.[1])

Nach dem Willen des Gesetzgebers soll also der § 25 entsprechende Anwendung finden, d. h. der im § 27 enthaltene Tat-

[1]) § 1922 BGB.; Denkschr. z. Entw. eines HGB. S. 38.

bestand soll nach denselben rechtlichen Gesichtspunkten beurteilt werden, wie sie in den Vorschriften über den Geschäftserwerb unter Lebenden zum Ausdruck gelangen. Damit spricht der Gesetzgeber also als Grundgedanken des § 27 aus: Der Erbe, der das ererbte Geschäft fortsetzt, soll für die ererbten Geschäftsschulden dann unbeschränkt haften, wenn auch im Falle des Geschäftserwerbs unter Lebenden eine persönliche und unbeschränkte Haftung eintritt.

Die Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten wird somit sowohl für den Erwerber unter Lebenden wie für den Erben an die Fortführung der Firma geknüpft. Keineswegs ist jedoch der Übergang der Passiva mit dem der Firma notwendiger- oder gar begrifflicherweise verbunden, sodaß die Firma somit als Eigentümerin des Handlungsvermögens anzusehen ist. Vielmehr ist nach der Denkschrift zum Handelsgesetzbuch der Grund der Haftung des Erben nicht schlechthin in der Tatsache der Fortführung der Firma zu erblicken, sondern in der präsumtiven Absicht des Erwerbers der Firma, in die Geschäftsbeziehungen des früheren Inhabers so weit als möglich einzutreten.

Wie aber ist der Gesetzgeber zu dieser Präsumtion gekommen? Hauptsächlich wollte er damit einer im Verkehr überaus weitverbreiteten und in den tatsächlichen Verhältnissen wohlbegründeten Auffassung entgegenkommen, nämlich der Idee von der Rechtspersönlichkeit der Firma. Obwohl man, wie bereits oben ausgeführt worden ist, die kaufmännische Firma keineswegs als juristische Persönlichkeit konstruieren kann, so geht doch die vulgäre Vorstellung dahin, daß sie ein feststehendes Etwas sei, das vom Wechsel des jeweiligen Inhabers unberührt bleibe, und daß jeder Dritte nicht sowohl mit dem Firmeninhaber als mit der Firma kontrahiere. Aus dieser Anschauung heraus hatte sich ein Handelsgewohnheitsrecht gebildet, welches von manchem der höheren Gerichtshöfe in dauernder Praxis anerkannt wurde. Mit dieser allgemeinen Verkehrsanschauung hat auch der Gesetzgeber rechnen zu müssen geglaubt. Unmöglich aber konnte er so weit gehen, aus solchen Erwägungen heraus als deren letzte Konsequenz dem Handelsgeschäft Rechtspersönlichkeit zu verleihen, da eine solche Bestimmung einen Bruch mit den gesamten Grundlagen des

Privatrechts bedeutet haben würde. Rechtlich ist zweifellos derjenige, welcher zur Zeit der Begründung eines Rechtsverhältnisses Inhaber des Handelsgeschäfts ist, alleiniger Gläubiger der daraus entstehenden Forderungen und alleiniger Schuldner der dadurch begründeten Verbindlichkeiten. Sollen nun die Forderungen und Schulden übertragen werden, so kann dies bloß durch ein besonderes, von der Rechtsordnung als wirksam anerkanntes Rechtsgeschäft geschehen, also nur durch eine Willenserklärung der Parteien. Deshalb hat der Gesetzgeber der Idee von der Rechtspersönlichkeit des Handelsgeschäfts nur für diejenigen Fälle Rechnung getragen, in denen sich ihre Konsequenzen (der Übergang der Forderungen und Schulden) zugleich auf die Grundlage eines Willensaktes der Parteien stellen lassen.[1]) Dieser Leitsatz spricht dasselbe aus wie die oben angeführte Stelle der Denkschrift. Zugleich aber beantwortet er auch die Frage nach der rechtlichen Natur der Haftung aus § 27.

Im Gesetz wird hierüber nichts gesagt. Man könnte an eine akzessorische Haftung, wie die des Bürgen denken, oder an eine anteilige für teilbare Leistungen nach § 420 BGB. Es ist jedoch anzunehmen, daß der Gesetzgeber hierbei ein Gesamtschuldverhältnis (§ 421 BGB.) im Auge gehabt hat. Die Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma erzeugt als selbständigen Verpflichtungsgrund eine Verbindlichkeit des Fortführenden, die in ihrem Inhalte vollständig der des bisherigen Inhabers entspricht und sich mit dieser zu einer Gesamtschuld vereinigt. Durch den Erbfall geht das Vermögen des Erblassers auf den Erben als Ganzes über. Als das Vermögen des Erblassers hat man im Sinne des § 1922 BGB. die Gesamtheit der vermögensrechtlichen Beziehungen desselben anzusehen, soweit sie mit dessen Tode nicht erlöschen. Zu diesen Beziehungen gehören aber auch die Verbindlichkeiten des Erblassers.[2]) Der Erbe ist also bereits kraft Erbrechts Gläubiger der Geschäftsaktiva wie Schuldner der im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des Erb-

---

[1]) Bolte S. 428.

[2]) vgl. hierzu Strohal Bd. 1 S. 14ff.; Binder Bd. 1 S. 7ff.; Dernburg, Das bürgerl. R. Bd. 1 § 100.

lassers. Diese Haftung ist indessen für die Gläubiger erheblich entwertet durch die Rechtssätze über die beschränkte Haftung des Erben und die Möglichkeit eines Aufgebots der Nachlaßgläubiger oder des Nachlaßkonkurses. Wird nun in § 27 Abs. 2 die Haftung aus § 25 als „unbeschränkte" bezeichnet, so hat man hierbei nicht an die unbeschränkte Haftung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu denken und somit die oben bezeichneten erbrechtlichen Beschränkungen und Gefährdungen für die Verwirklichung der Erbenhaftung durch den § 27 als beseitigt anzusehen. Eine solche, auf die Zerstörung bestimmter, einem Anspruch drohender Einwendungen und Hemmnisse gerichtete Wirkung wohnt dem § 27 nicht inne. Er ist vielmehr ebenso wie der § 25 mit rechtserzeugender Kraft ausgestattet. Infolge der Fortsetzung des Geschäfts tritt im Falle des § 27 neben das bestehende obligatorische Band ein neues. Der nach § 27 haftende Erbe ist nicht bloß als solcher verpflichtet, sondern er ist daneben noch Schuldner in eigenster Person. Neben seiner erbrechtlichen Haftung hat er darnach eine zweite persönliche, „direkte" [1]) Haftung übernommen. Die ihn hierzu verpflichtende Willenserklärung gelangt nach der Ansicht des Gesetzgebers in der Form der Fortführung des Geschäfts zum Ausdruck.

Seine Haftung ist somit keine „unbeschränkte" im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs, keine erbrechtliche, denn sie resultiert nicht aus dem Erwerbe der Erbschaft, sie ist auch nicht mit den Vorrechten ausgestattet, die das Bürgerliche Gesetzbuch dem Erben gewährt, sondern sie trifft ihn als persönliche, lediglich aus der Tatsache der Fortführung der Firma entspringend und der damit ausgesprochenen Willenserklärung der Schuldübernahme.

Treffend sagt Stegemann in seiner schon zitierten Abhandlung: Wäre die den Erben treffende Haftung eine erbrechtliche, wie könnte sie dann einerseits durch eine von dem Erbschaftserwerbe begrifflich so völlig getrennte Tatsache, wie es die Fortführung der Firma ist, ins Leben gerufen, andererseits durch eine von dem Erbschaftserwerbe nicht minder unabhängige Tatsache wie die Einstellung des Geschäftsbetriebes innerhalb der Dreimonatsfrist des § 27 Abs. 2 aus der Welt geschaffen werden? [2])

[1]) Volte S. 437.

[2]) Stegemann S. 107.

Die erbrechtliche und die direkte Haftung laufen nebeneinander her. Es ist jedoch auch möglich, daß die Verpflichtung als Erbe nach Eintritt der direkten Haftung des § 27 abgezweigt wird, nämlich im Falle eines Nachlaßkonkurses oder einer Nachlaßverwaltung. Dann richtet sich die erbrechtliche Haftung gegen den Nachlaßkonkursverwalter bezw. den Nachlaßverwalter, während den Erben nach wie vor die direkte Haftung trifft. Entfällt diese gemäß § 27 Abs. 2 durch Einstellung, so bleibt immerhin die Haftung nach Erbrecht bestehen. Der Gläubiger hat demnach die infolge des Schuldverhältnisses vorzunehmenden Handlungen, wie Kündigung, Mahnung, Vorleistung usw., immer dem Träger derjenigen Haftung gegenüber vorzunehmen, auf die er sich im Einzelfalle berufen will. In der Regel werden ja der Träger der erbrechtlichen wie der direkten Haftung ein und dieselbe Person sein, so daß es nur einer einmaligen Vornahme bedürfen wird. Anders liegt die Sache im Falle des Nachlaßkonkurses oder der Nachlaßverwaltung, wo der Nachlaßkonkursverwalter bezw. der Nachlaßverwalter der Träger der erbrechtlichen, der Erbe dagegen Träger der direkten Haftung ist. Hier muß der Gläubiger eine der oben bezeichneten Handlungen zweimal vornehmen, wenn er sich auf die direkte Haftung berufen will; er muß also z. B., um die Fälligkeit einer kündbaren Forderung herbeizuführen, die Kündigung nicht nur dem Verwalter, sondern auch dem Erben selbst gegenüber erklären.

Die erbrechtliche Haftung kann auch dauernd auf einen anderen übergehen, so durch Nacherbschaft oder Entziehung der Erbschaft durch einen anderen Erben. Oder es kann sich im Falle der Todeserklärung herausstellen, daß die erbrechtliche Haftung des die Firma Fortführenden gar nicht bestanden hat.

Interessant ist auch der Fall einer Verbindlichkeit des Erblassers, die von einer Gegenleistung abhängig ist. Verlangt der Gläubiger Erfüllung von dem Erben als solchen, so gelangt die Gegenleistung in den Nachlaß, also in die Konkursmasse im Falle des Nachlaßkonkurses. Will jedoch der Gläubiger den Erben aus der direkten Haftung treffen, so fällt die Gegenleistung in dessen freies Vermögen und ist somit dem Zugriff der Nachlaßgläubiger entzogen. Erklärt sich der Gläubiger in einem solchen Falle nicht

ausdrücklich, auf welchen Rechtsgrund er seine Forderung stützt, so ist anzunehmen, daß er die erbrechtliche Haftung geltend macht, zumal er auch seine Verbindlichkeit dem Erben als Nachfolger des Erblassers gegenüber zu erfüllen, also zur Nachlaßmasse zu leisten hat.

Die Bedeutung der Haftung aus § 27 liegt also einmal in der Berücksichtigung des selbständigen Charakters der Firma, sodann aber auch in einer erhöhten Sicherstellung der Gläubiger. Diesen erhöhten Schutz glaubte der Gesetzgeber gewährleisten zu müssen, weil er den Geschäftsübergang ohne äußerliche Veränderung der Firma gesetzlich zugelassen und dadurch für die Gläubiger eine gewisse Rechtsunsicherheit geschaffen hatte.

Die praktischen Folgen dieser verschärften Haftung äußern sich in mehrfacher Hinsicht.

Einmal kann der Erbe gegenüber der Klage des Geschäftsgläubigers keinen Vorbehalt der beschränkten Haftung im Urteil beantragen. Damit ist auch die Widerspruchsklage gemäß § 767 ZPO. seitens des Erben ausgeschlossen, falls sein eigenes Vermögen vom Gläubiger angegriffen ist.

Die Gläubiger des Geschäfts werden durch das vom Erben eingeleitete Aufgebot nicht berührt. Durch das Aufgebot[1]) werden sonst die Gläubiger, die sich nicht melden, insofern ausgeschlossen, als der Erbe sie bei der Bezahlung der Schulden des Nachlasses nicht zu berücksichtigen braucht. Sie nehmen nur den noch vorhandenen Nachlaß. Das Aufgebot ist aber nach § 2013 BGB. nicht zulässig, wenn der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. Da nun der das Geschäft fortführende Erbe den Gläubigern unbeschränkt haftet, so wirkt das Aufgebot nicht gegen sie. Auch ein Geschäftsgläubiger also, der sich nicht meldet, ist nicht präkludiert. Wenn der Erbe innerhalb eines Jahres nach Annahme der Erbschaft das Gläubigeraufgebot herbeiführt, so darf er bis zur Beendigung desselben die Berichtigung einer Nachlaßschuld verweigern.[2]) Diese aufschiebende Einrede hängt eng mit dem Aufgebot zusammen. Die Verweigerung hindert

[1]) §§ 1970 ff. BGB.
[2]) §§ 2014 ff. BGB.

nur den Vollzug der Zwangsvollstreckung. Der Erbe, der ein zum Nachlaß gehöriges Geschäft fortführt, kann diese aufschiebende Einrede nicht vorschützen. Er muß vielmehr die Zwangsvollstreckung in das Geschäft wie in den ganzen Nachlaß dulden (§ 2016 Abs. 1 BGB; § 782 ZPO.). Die ihm aus den §§ 1979, 1980 BGB. erwachsende Verantwortlichkeit gegenüber den anderen Nachlaßgläubigern, für welche der Nachlaß infolge dieser Befriedigung der Geschäftsgläubiger nicht ausreicht, wird hierdurch nicht berührt.

Im Falle einer Nachlaßverwaltung können, das ist bereits oben gesagt worden, die Erben ihre Ansprüche nicht nur gegen den Nachlaßverwalter geltend machen, sondern den Erben direkt aus der besonderen Haftung des § 27 belangen.

Ebenso ist endlich bereits oben ausgeführt worden, daß im Falle einer Nacherbeinsetzung der Vorerbe nicht wie sonst bei Eintritt der Nacherbfolge von seiner Haftung befreit wird, sondern gegenüber den Gläubigern verhaftet bleibt, wenn er ein zur Erbschaft gehörendes Geschäft unter der Firma fortführt.[1])

Alle diese für die unbeschränkte Haftung aus § 27 nicht bestehenden Beschränkungen bleiben jedoch daneben nach wie vor in Wirksamkeit, soweit der Erbe als solcher, also nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, haftet.

§ 6.

Die Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma.

Der § 27 fordert für die in ihm bezeichneten Tatbestände entsprechende Anwendung der Vorschriften des § 25. Dessen Wortlaut ist bereits oben wiedergegeben worden. Er trifft eine scharfe Unterscheidung zwischen zwei Fällen und knüpft an sie je nachdem verschiedene Rechtsfolgen. Einmal behandelt er die Rechtslage beim Übergang des Geschäfts unter Fortführung der bisherigen Firma und sodann die Fälle, in denen dies nicht geschieht.

Diese Trennung ist auch auf die Fälle des § 27 zu über-

[1]) S. 14 dieser Abhandlung.

tragen. Die Abhandlung hat sich deshalb zunächst mit der Rechtslage zu befassen, wie sie durch die Fortführung des Handelsgeschäfts unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes geschaffen wird.

Hier drängt sich zuerst die Frage nach dem Begriff der Firma auf.

Nach § 17 HGB. ist die Firma der Name, unter dem ein Kaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt.

Es kommt also nicht darauf an, ob dieser Name im Handelsregister eingetragen ist oder ob dort ein anderer oder gar kein Geschäftsname des Kaufmanns verzeichnet ist. So haben die sogenannten Mußkaufleute des § 1 Abs. 2 HGB. Firmenrecht auch ohne Eintragung.

Durch diesen Begriff der Firma wird auch die Streitfrage beantwortet, ob die Rechtssätze der §§ 25 und 27 HGB. nur für Vollkaufleute oder auch für Minderkaufleute zu gelten haben.[1])

Nach § 4 HGB. finden die Bestimmungen über die Firmen auf Handwerker sowie auf Personen, deren Betrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, also auf die sogen. Minderkaufleute, keine Anwendung. In der Beibehaltung des Geschäftsnamens eines Minderkaufmanns ist daher die Fortführung einer Firma nicht zu erblicken.[2]) Man hat behauptet, daß die Rechtssätze des § 25 und somit auch des § 27 analog auf die Betriebe von Minderkaufleuten anzuwenden seien. Einmal enthielten die §§ 25, 27 keine Vorschriften über die Firma im Sinne von § 4, und somit sei ihre Anwendung auf die Minderkaufleute nicht ausgeschlossen. Dem ist entgegenzuhalten, daß sich ja die §§ 25, 27 im dritten Abschnitt des Handelsgesetzbuchs befinden, der mit „Handelsfirma" überschrieben ist. Ferner sind an die Beibehaltung oder Änderung der Firma so wichtige Rechtsfolgen geknüpft, daß man sie unbedingt als Vorschriften über die Firma ansehen muß. Staub führte zur Begründung seiner früheren Auffassung den Satz an, es komme im Handelsrecht nicht

[1]) So früher Staub.

[2]) Bolte in Zeitschr. Bd. 51 S. 432.

darauf an, was die Kontrahenten seien, sondern als was sie sich gerierten.[1]) Auch das kann man nicht so allgemein gelten lassen.[2]) Gegen diese Begründung Staubs spricht vor allem der Sinn der Vorschriften der §§ 25 und 27. Wie bereits ausgeführt worden ist, bezweckte der Gesetzgeber, unter gewissen Voraussetzungen der Idee von der Selbständigkeit des Handelsgeschäfts praktische Geltung zu verleihen. Diese Idee ist aber tatsächlich auf die Betriebe von Vollkaufleuten beschränkt.

Eine Ausnahme ist allerdings zu verzeichnen, eine Ausnahme, auf die Staub früher seine Regel gründete.

Der § 5 HGB. sagt nämlich: Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei, oder daß es zu den im § 4 Abs. 1 bezeichneten Betrieben gehöre.

Hieraus ergibt sich in Anwendung auf § 27 folgendes: Ausnahmsweise ist allerdings die Anwendung des § 27 auf den Betrieb eines Minderkaufmanns möglich. Es kann sich nämlich nach § 4 der Erbe des Geschäfts eines Minderkaufmanns, für das zu Unrecht eine Firma in das Handelsregister eingetragen ist, der Haftung aus § 27 nicht dadurch entziehen, daß er die mangelnde Eigenschaft als Vollkaufmann geltend macht.

Als allgemeine Regel ist jedoch die analoge Anwendung von § 27 auf die Minderkaufleute nicht aufzustellen.[3])

Der Gesetzgeber stellt es dem Erben, der das ererbte Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortführt, frei, den Inhaberwechsel durch einen das Nachfolgeverhältnis kenntlich machenden Zusatz zum Ausdruck zu bringen. Solche Zusätze sind die Worte „Söhne", „Nachfolger", der bisherigen Firma angeführt. Ebenso greifen die Bestimmungen des § 27 Platz, wenn gewisse Bestand-

---

[1]) Staub, Komm. Bd. 1 S. 79 Anm. 1.

[2]) vgl. hierzu RG. Bd. 55 S. 83.

[3]) vgl. hierzu Bolte in Zeitschr. Bd. 51 S. 432/33; Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 266 Anm. 2; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 89; Makower S. 123 IIb; jetzt auch Staub, Komm. Bd. 1 S. 154 Anm. 6.

teile der alten Firma aufgegeben werden, ohne daß ihre wesentliche Grundlage davon betroffen wird. Fälle, in denen etwa die Firma des Vorgängers „Karl Müller" lautete und der Nachfolger das Geschäft unter der Firma „Müllers Nachfolger Wilhelm Schulze" fortführt, sind zweifellos den obigen gleichzuachten.[1])

Nicht so klar liegt die Sache, wenn der Erbe, der den gleichen Namen wie der bisherige Inhaber trägt, das Geschäft unter der alten Firma mit dem Zusatze „junior" fortführt. Händel sagt in seiner bereits angezogenen Dissertation, in dem Wort „junior" liege nicht ein das Nachfolgeverhältnis andeutender Zusatz im Sinne des § 25, sondern ein Kennzeichen dafür, daß der Erbe die bisherige Firma nicht beibehalte, vielmehr dem Geschäft seinen eigenen Namen gegeben habe.[2])

Dem kann nicht beigepflichtet werden. In dem Zusatze „junior" ist ebenso eine Bezugnahme auf den früheren Geschäftsinhaber zu erblicken, wie man sie z. B. in folgender Firma findet: „Karl Schulze, vormals Max Müller". Stets wird der Erbe, der sich als „junior" bezeichnet, im Gegensatze zum „senior", dem Erblasser, dadurch eine gewisse Beziehung, einen Zusammenhang zwischen beiden Firmen zum Ausdruck bringen wollen, der sich, wenn man sich den vom Erben ins Auge gefaßten Zweck einer derartigen Bezugnahme vergegenwärtigt, unzweifelhaft als eine Fortführung der Firma mit einem das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz charakterisiert.

Interessant ist endlich der Fall, daß infolge Übereinstimmung der Vor- und Familiennamen des Erblassers und des Erben nicht ersichtlich ist, ob die vom Erben fortgeführte Firma die bisherige oder eine neue ist. Staub will in diesem Falle das dem Erben Günstigere angenommen wissen, und zwar die Fortführung unter der Firma des Vorgängers.[3]) Trotz der unbeschränkten Haftung aus § 27 wird dies stets da der Fall sein, wo die Aktiva die Passiva übersteigen und somit die Beibehaltung der Firma dem Erben einen unzweifelhaften Vorteil bietet. Vielfach kann es

---

[1]) Düringer-Hachenburg, Komm. Bd. 1 S. 235/36 Anm. 11.
[2]) Händel S. 48.
[3]) Staub, Komm. Bd. 1 S. 169 Anm. 17.

jedoch auch anders sein, wenn nämlich die Passiva die Aktiva überwiegen, und zwar in dem Maße, daß selbst der Vorteil, das Geschäft unter der alten bekannten Firma fortführen zu können, nicht als genügendes Äquivalent erscheint. Bolte will deshalb in solchen Fällen die Rechtsfolgen des § 27 mangels Beweises nicht eintreten lassen.[1]) Händel nimmt einen strengeren Standpunkt ein und sagt, der Erbe, der die Firma nicht ändere, erwecke Dritten gegenüber den Anschein, als ob er gewillt sei, die aus der Firmenbeibehaltung erwachsende Haftung auf sich zu nehmen. Da er nun die Vorteile der Firmenfortführung genieße, so müsse er auch deren Nachteile, die unbeschränkte Haftung, auf sich nehmen. Dies zu ändern, habe er ja jederzeit ein bequemes Mittel in der Hand; er brauche bloß der bisherigen Firma den Zusatz „junior" beizufügen, um dadurch die neue Firma zu kennzeichnen. Aber wie bereits oben ausgeführt worden ist, stellt sich der Zusatz „junior" als eine Bezugnahme auf die bisherige Firma, als eine Fortführung derselben dar. Beizupflichten ist also der im Kommentar von Lehmann-Ring vertretenen Auffassung. Dort heißt es nämlich: Ist der eigene Namen des Erben mit der Geschäftsfirma übereinstimmend, so wird man im Zweifel anzunehmen haben, daß er das Geschäft im eigenen Namen fortführt. Will er es aber unter alter Firma fortführen, so muß er der bisherigen Firma einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz anfügen, also etwa junior, Nachfolger, Söhne.[2]) Man käme also hierin zum umgekehrten Resultat wie Händel, der in diesem Falle in dem Zusatz „junior" gerade das Kriterium einer neuen Firma erblickt. So eigenartig im ersten Augenblick der Gegensatz: die alte Firma gilt als neue Firma, die alte Firma unter Beifügung eines Zusatzes gilt als Fortführung, erscheinen mag, vom praktischen Standpunkte aus wird diese Auffassung am meisten befriedigen.

Damit ist ja immerhin noch nicht ausgeschlossen, daß sich unter Umständen aus äußeren Anzeichen das Vorhandensein einer

---

[1]) Bolte in Zeitschr. Bd. 51 S. 434.

[2]) Lehmann-Ring, Komm. Bd. 1 S. 98; ebenso Düringer-Hachenburg, Komm. Bd. 1 S. 270 dd.

Fortführung der Firma schließen läßt. Bolte führt den Fall an, daß der Erbe auch in den von ihm angeschafften Formularen und Geschäftsstempeln die faksimilierte Unterschrift des früheren Inhabers verwendet.[1])

In allen diesen Fällen tritt in der Person des Erben die unbeschränkte Haftung ein. Ihr Umfang wird von dem Gesetzgeber dahin umgrenzt, daß er den Kreis derjenigen Schuldverhältnisse, auf die sich die unbeschränkte Haftung erstreckt, mit den Worten „die früheren Geschäftsverbindlichkeiten" bezeichnet. Dieser Ausdruck ist zweifellos identisch mit den in § 25 gebrauchten Worten „die im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers".[2])

Es gibt auch keinen Anhalt dafür, daß der Gesetzgeber mit dem sprachlichen Unterschied einen bestimmten rechtlichen Gegensatz zum Ausdruck zu bringen bezweckt hat. Es würde sogar zu Unzuträglichkeiten führen, wollte man einen Unterschied zwischen beiden Ausdrücken machen. Das ergibt z. B. die Betrachtung derjenigen Verbindlichkeiten, die bei Begründung eines Handelsgeschäfts eingegangen sind. Als Verbindlichkeiten, die „im Betriebe des Geschäfts" begründet sind, können sie nicht gelten, da bei ihrer Entstehung noch kein Geschäftsbetrieb vorhanden war, wohl aber sind sie zu den „früheren" Geschäftsverbindlichkeiten zu rechnen. Gegen diese Versuche, dem Gesetzgeber eine beabsichtigte Scheidung zwischen beiden Ausdrücken unterzuschieben, sprechen vor allem die Tatsache, daß innerhalb des § 25 beide Ausdrücke nebeneinander vorkommen, und die Konsequenzen, die man hieraus im Falle einer gewollten Unterscheidung ziehen müßte. Es erscheint unerfindlich, weshalb der Firmenfortführer, der für „alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers" haftet, nicht für die Gründungsschulden in Anspruch genommen werden soll, wo doch seine Beziehungen zu dem Handelsgeschäft weit inniger sind als die des Erwerbers nach § 25 Abs. 3. Dieser, der die Firma nicht fortführt, haftet im Falle

---

[1]) Bolte in Zeitschr. Bd. 51 S. 434.

[2]) So Bolte in Zeitschr. Bd. 51 S. 440; Goldmann, Komm. Bd. 1 S. 130; Staub, Komm. Bd. 1 S. 156 Anm. 11; Stegemann S. 108.

des besonderen Verpflichtungsgrundes für die „früheren" Geschäftsverbindlichkeiten, nach obiger Wortauslegung also auch für die zwecks Begründung eines Geschäftsbetriebs gemachten Schulden und somit umfangreicher als der Firmenfortführer. Einen solchen Unterschied zu machen, kann aber nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben. Sagt man nun, daß die beiden Ausdrücke ganz dasselbe bedeuten, so kann man unbedenklich zu den im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten auch diejenigen rechnen, die bei Begründung des Geschäfts eingegangen sind.

Anderer Meinung ist freilich Bolte; er nennt den Erwerb des Geschäfts eine Rechtshandlung, die das Handelsgeschäft zum Gegenstand habe und es von außen her betreffe. Demnach könne sie nicht als ein Teil der Funktion des Geschäfts selbst angesehen werden.[1])

Streng genommen ist das ja auch zutreffend. Wird eine Verbindlichkeit eingegangen, z. B. ein Darlehn aufgenommen, um damit ein Geschäft erst zu begründen, so ist dieses allerdings beim Eingehen des Schuldverhältnisses noch nicht vorhanden, man kann also auch noch nicht von einer Verbindlichkeit des Geschäfts reden. Andererseits ist jedoch der Zusammenhang zwischen dieser Verbindlichkeit und dem zukünftigen Handelsgeschäft ein so inniger, daß man in der Darlehnsaufnahme gewissermaßen das erste Rechtsgeschäft des entstehenden Handelsgeschäfts und in der dadurch begründeten Verbindlichkeit eine Geschäftsschuld erblicken kann. Auch Bolte gibt wenigstens die Möglichkeit zu, daß Schulden aus dem Erwerb des Handelsgeschäfts nachträglich die Natur einer Geschäftsschuld erlangen können, sei es durch ausdrückliche Vereinbarung oder konkludente Handlung. Leistet z. B. das Geschäft auf das Gründungskapital später Abschlagszahlungen oder verzinst es dasselbe, so liegt hierin eine im Betriebe des Geschäfts enthaltene Handlung, die jene Schuld den übrigen Geschäftsverbindlichkeiten angliedert. Den Vorzug verdient entschieden die erstere Auffassung (Staub), denn sie wird den Anforderungen und Anschauungen des praktischen Lebens am meisten gerecht. Derjenige, der zur Begründung eines Handelsgeschäfts Kapitalien

[1]) Bolte in Zeitschr. Bd. 51 S. 442/43.

hingibt, wird sich hierzu in den weitaus meisten Fällen gerade durch die beabsichtigte Verwendung des Darlehns bewegen lassen, und zwar in der begründeten Erwartung, daß das Geschäft in der Lage sein werde, ihm die Schuld zurückzuzahlen. Es wird stets in der Absicht der Parteien liegen, ohne daß es einer ausdrücklichen Vereinbarung bedarf, daß ein Darlehn in solchen Fällen als Geschäftsverbindlichkeit zu gelten habe und das Geschäft als solches vom Gläubiger in Anspruch genommen werden solle. Aus dem Verwendungszwecke des Geldes wird der Darlehnsaufnehmer keinesfalls ein Hehl machen, im Gegenteil wird er ihn dem Kontrahenten mitteilen, um leichter Kredit zu bekommen.

Von den Geschäftsverbindlichkeiten scharf zu trennen sind die Privatschulden des Erblassers, denn für diese haftet der Erbe lediglich nach den erbrechtlichen Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im täglichen Leben wird es selten zweifelhaft sein, ob eine Verbindlichkeit dem Geschäft als solchem obliegt oder ob sie sich als eine Privatschuld des Erblassers darstellt. Geschäftsschulden sind eben alle diejenigen Verpflichtungen, die zu dem Geschäftsbetriebe in einer solchen inneren Verbindung stehen, daß sie als eine Folge dieses Geschäftsbetriebs erscheinen. Vielfach wird es für die Entscheidung, ob eine Geschäfts- oder Privatschuld vorliegt, von Bedeutung sein, ob das die Schuld begründende Rechtsgeschäft unter der Firma abgeschlossen und ob die Schuld in die Handelsbücher eingetragen worden ist. Indessen sind das bloß wertvolle Fingerzeige und keine ausschlaggebenden Momente. Oft wird es vorkommen, daß der Kaufmann eine Privatverbindlichkeit unter seiner Firma eingeht und bucht. Und umgekehrt kann eine offenbare Geschäftsschuld von dem Kaufmann als Privatmann kontrahiert werden und ihre Verlautbarung in den Handelsbüchern unterbleiben. Solche Schiebungen werden sogar sehr häufig sein, um unreelle Manipulationen zu verschleiern. Im Zweifel wird sich die Grenze zwischen den Privatschulden des Erblassers und seinen Geschäftsverbindlichkeiten stets aus den konkreten Umständen bestimmen lassen. Hierbei wird wiederum die Verkehrsanschauung eine wesentliche Stütze gewähren. Indes enthält auch das Handelsgesetzbuch eine Norm, die für die Entscheidung dieser

Fragen von einer gewissen Bedeutung ist. Es heißt nämlich im § 344:

> „Die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig.
>
> Die von einem Kaufmanne gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betriebe seines Handelsgewerbes gezeichnet, sofern nicht aus der Urkunde sich das Gegenteil ergibt".

Es kann nun freilich nicht zweifelhaft sein, daß der Gesetzgeber an eine Anwendung des § 344 auf die Fälle der §§ 25 und 27 nicht gedacht hat, denn der § 344 ist dem alten Handelsgesetzbuch entnommen. Und dieses kannte die Bestimmungen der §§ 25 und 27 noch gar nicht. Der § 344 stellt aber einen ganz allgemeinen Rechtssatz auf, der von selbst auch diejenigen Tatbestände ergreift, für die er zunächst nicht gegeben wurde.

Die Ansichten über die Anwendbarkeit des § 344 auf die §§ 25 und 27 sind in der Literatur sehr bestritten. Die einen wollen den ganzen Paragraphen angewandt wissen,[1]) während manche bloß die Anwendung des Abs. 1 für zulässig erachten.[2])

Diese Unterscheidung erscheint jedoch sachlich durch nichts gerechtfertigt. Denn die beiden Bestimmungen des § 344 sind innerlich ganz gleichartig und stellen im Interesse des Gläubigers Rechtsvermutungen auf, von denen die zweite durch eine Beschränkung des Gegenbeweises verschärft wird. Ein begrifflicher Unterschied ist zwischen beiden nicht zu finden, und deshalb kann unbedenklich der ganze § 344 zur Anwendung gelangen.

Das Anwendungsgebiet des § 344 ist freilich ein ziemlich beschränktes. Einmal sagt schon der Gesetzgeber durch die Worte „im Zweifel", daß die Bestimmungen des § 344 immer erst dann Platz greifen sollen, wenn wirklich im Einzelfalle bei der Entscheidung, ob sich eine Verbindlichkeit als eine Geschäfts- oder Privatschuld darstellt, Zweifel obwalten. Vor allem aber ist auch

---

[1]) Bolte in Zeitschr. Bd. 51 S. 441; Goldmann, Komm. Bd. 1 S. 105c; Lehmann-Ring, Komm. Bd. 1 S. 93 Nr. 9; jetzt auch Staub, Komm. Bd. 1 S. 156 Anm. 11, S. 146 Anm. 29.

[2]) Düringer-Hachenburg, Komm. Bd. 1 S. 245 Anm. 12.

der Kreis der Schuldverhältnisse, auf die der § 344 Anwendung findet, ziemlich eng umgrenzt. Nur wenn die rechtserzeugende Tatsache ein Rechtsgeschäft bezw. im Falle des noch engeren Abs. 2 die Zeichnung eines Schuldscheins darstellt, gilt sie als Teil der zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörigen Handlungen. Geschäftsverbindlichkeiten werden jedoch nicht nur durch Rechtsgeschäfte begründet. Endlich redet der § 344 von dem Betriebe eines Handelsgewerbes, innerhalb dessen die rechtserzeugende Tatsache liegen muß, während es sich im § 27 um ein Handelsgeschäft handelt. Der Begriff des Handelsgeschäfts ist bereits oben erörtert worden. Der Betrieb eines Handelsgewerbes ist das Kriterum für die Kaufmannseigenschaft einer Person. In der Regel werden sich allerdings Handelsgewerbe und Handelsgeschäft decken, nämlich überall da, wo sich der Betrieb des Handelsgewerbes auf den Betrieb eines einzigen Handelsgeschäfts beschränkt, und es sind dann die aus den Rechtsgeschäften entstandenen Verbindlichkeiten des Kaufmanns nach § 344 im Zweifel als zu seinem Handelsgewerbe und somit zu seinem Handelsgeschäft gehörig anzusehen. Indes ist dieses Zusammenfallen nicht notwendig. Ein Kaufmann kann im Betriebe seines Handelsgewerbes auch mehrere selbständig nebeneinander bestehende Handelsgeschäfte haben. Da nun der Erbe bloß für diejenigen Verbindlichkeiten haftet, die im Betriebe des von ihm ererbten Handelsgeschäfts begründet sind, so ist natürlich die Entscheidung von größter Wichtigkeit, ob ein eine Verbindlichkeit begründendes Rechtsgeschäft als im Betriebe des einen oder des anderen, insbesondere des ererbten Handelsgeschäfts abgeschlossen anzusehen ist. Diese Entscheidung vermag jedoch § 344 in diesem letzteren selteneren Falle nicht zu geben.

Wie bereits erwähnt worden ist, kommen jedoch nicht bloß Rechtsgeschäfte als Entstehungsgründe für Geschäftsverbindlichkeiten in Betracht, sondern überhaupt alle diejenigen Verbindlichkeiten, die sich als natürliche innere Folge aus dem Geschäftsbetriebe ergeben. Auf die rechtliche Natur des Schuldgrundes kommt es nicht an. Demnach gelten als Geschäftsschulden auch alle Verbindlichkeiten aus unerlaubten Handlungen des Erblassers (§§ 823 ff. BGB.), aus den Haftpflichtbestimmungen (§§ 278, 831 BGB.) und aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff. BGB.). Ferner ge-

hören hierher alle Verpflichtungen, die durch im Geschäftsbetrieb begangene Verletzungen der sogenannten Chancen eines Geschäfts begründet werden. Als solche gelten alle Patent-, Muster-, Marken- und andere Urheberschutzrechte sowie Verpflichtungen aus § 120 GewO.[1]) Als eine Geschäftsschuld ist auch die Verpflichtung, die Firma zu ändern, zu betrachten.[2]) In allen Fällen, in denen im Geschäftsbetriebe betrügerische und sonstige unlautere Manipulationen vorgenommen und hierdurch Verbindlichkeiten erwachsen sind, darf gegen geltend gemachte Ansprüche nicht etwa eingewendet werden, der Geschäftsbetrieb sei nicht auf betrügerische Handlungen gerichtet. Ferner sind im Betriebe des Geschäfts begründet die Schulden aus den sogenannten Hilfsgeschäften eines Kaufmanns, z. B. aus der Anschaffung von Ladenutensilien, aus Verträgen mit den Angestellten, mag es sich hier um eine vertragliche oder auf dem Gesetz beruhende Verbindlichkeit handeln.[3]) Von der Haftung ergriffen werden alle diejenigen Verpflichtungen, welche mit dem Geschäftsbetrieb in einer solchen inneren Verbindung stehen, daß sie als eine Folge desselben erscheinen.

Es kommt auch nicht auf den Gegenstand der Verpflichtung an, ob Geld oder Sachen, bestimmte oder fungible Sachen geschuldet werden.

Nicht richtig ist auch die Auffassung, der Übernehmer hafte für diejenigen Geschäftsschulden, die er kannte oder als ordentlicher Kaufmann hätte kennen müssen. Denn nicht die Frage nach der Sorgfalt der Übernahme, sondern der Rechtsakt der Fortführung einerseits und die Zugehörigkeit zu den Rechtsbeziehungen des fortgeführten Geschäfts andererseits sind maßgebend für die Haftung.[4]) Aus diesen Gesichtspunkten erwächst im praktischen Leben für den Erben die Notwendigkeit, sich genau über den Umfang der Geschäftsverbindlichkeiten zu orientieren, ehe er die strenge Haftung aus § 27 auf sich nimmt.

Die Geschäftsschulden werden ferner von der Haftung nicht bloß dann ergriffen, wenn sie fällig, sondern auch wenn sie be-

[1]) RG. Bd. 15 S. 54.
[2]) RG. Bd. 58 S. 23.
[3]) Volte in Zeitschr. Bd. 51 S. 242.
[4]) RG. Bd. 17 S. 98.

dingt oder betagt sind oder aus noch nicht erfüllten zweiseitigen Verträgen herrühren. Entscheidend ist lediglich, daß die rechtserzeugende Tatsache, der Grund, auf dem eine Verbindlichkeit beruht, vorgelegen hat, bevor das im Tatbestande des § 27 behandelte Ereignis, die Fortführung der Firma durch den Erben, eintrat.

Frühere Geschäftsschulden sind also nicht bloß solche, die aus der Zeit des Erblassers stammen, sondern auch diejenigen Verbindlichkeiten, die von einer anderen Person während einer einstweiligen Fortführung begründet werden. Der Nacherbe, der die Firma fortführt, haftet also außer für die Geschäftsverbindlichkeiten des Erblassers für die Handelsschulden des Vorerben, wie überhaupt die direkte Haftung des Erben in allen den Fällen eintritt, wo seine Geschäftsführung sich nicht unmittelbar an die des Erblassers anschließt.[1])

Diese Ergebnisse entsprechen auch der inneren Natur des § 27. Denn die Fortführung des Geschäfts stellt nach der Auffassung des Gesetzgebers die Betätigung des Willens dar, unter Anerkennung der Einheit des Handelsgeschäfts in dessen Beziehungen einzutreten.

§ 7.

Ausschluß der direkten Haftung.

Der § 27 knüpft nun die Rechtswirkung der unbeschränkten Erbenhaftung keineswegs unbedingt an den Tatbestand der Fortführung des Geschäfts unter der alten Firma. Vielmehr enthält Abs. 2 die oben bereits im gesamten Wortlaut des § 27 mitgeteilte einschränkende Bestimmung:

„Die unbeschränkte Haftung nach § 25 Abs. 1 tritt nicht ein, wenn die Fortführung des Geschäfts vor dem Ablaufe von drei Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfalle der Erbschaft Kenntnis erlangt hat, eingestellt wird. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 206 BGB. entsprechende Anwendung. Ist bei dem

[1]) vgl. über Geschäftsschulden Düringer-Hachenburg, Komm. Bd. 1 S. 245 Anm. 21; Goldmann, Komm. Bd. 1 S. 105c; Staub, Komm. Bd. 1 S. 146 Anm. 29.

Ablauf der drei Monate das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft noch nicht verloren, so endigt die Frist nicht vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist".

Der Erbe kann sich also der direkten Haftung dadurch entziehen, daß er binnen einer bestimmten Frist ein gewisses Ereignis, nämlich die Einstellung der Fortführung der Firma, eintreten läßt.

Über die rechtliche Natur dieses Haftungsausschlusses sind die Ansichten verschieden. Die einen erklären die Haftung für beendet, sobald binnen der Frist die Einstellung eintritt, also für abhängig von einer auflösenden Bedingung. Nach einer anderen Auffassung liegt hier eine aufschiebende Bedingung vor: Es tritt die Haftung zwar sofort ein, aber sie erlangt erst Wirksamkeit, wenn die Frist ohne vorherige Einstellung abläuft. Den Vorzug verdient eine dritte Ansicht, wonach die Haftung vor Fristablauf überhaupt nicht eintritt.[1]) Außer der rein grammatischen Auslegung der Worte „die Haftung tritt nicht ein" erscheinen auch innere Gründe für diese Auffassung als ausschlaggebend.

Nach der Denkschrift soll dem Erben die Dreimonatsfrist als ein spatium deliberandi gegeben werden, um sich über die endgültige Fortführung der Firma schlüssig zu machen.[2]) Erst in der Fortführung nach Ablauf der Frist kann jene Willenserklärung erblickt werden, die den Rechtsgrund für die direkte Haftung bildet. Dieser Rechtsgrund aber fehlt, solange die Frist läuft.

Die Fortführung des Geschäfts muß also eingestellt werden.

Es herrschen in der Literatur verschiedene Meinungen, was darunter im Sinne des Gesetzes zu verstehen sei. Nach der einen Auslegung muß der Betrieb des Handelsgeschäfts überhaupt aufhören und die Tätigkeit des Geschäftsorganismus gänzlich erlöschen.[3]) Dies widerspricht jedoch dem Sinne der Denkschrift, die ausdrücklich der Dreimonatsfrist den Charakter einer dem Erben

---

[1]) So Cohn in Gruchots Beitr. Bd. 42 S. 62; Düringer-Hachenburg, Komm. Bd. 1 S. 270 Anm. 11; Jaeger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs S. 3; Staub, Komm. Bd. 1 S. 168 Anm. 15; Stegemann S. 111; jetzt auch Makower, Komm. Bd. 1 S. 131 f.

[2]) Denkschr. S. 38.

[3]) Staub, Komm. Bd. 1 S. 170 Anm. 22.

gegebenen Überlegungszeit beilegt. Dieser aber würde nicht gewahrt, wenn nicht dem Erben während der Dreimonatsfrist die Möglichkeit und Gelegenheit gegeben würde, das ererbte Geschäft durch und durch kennen zu lernen und nach allen Seiten hin zu verwerten. Und das ist wiederum ausgeschlossen, wenn man als begriffswesentlich für die Einstellung der Fortführung zwecks Abwendung der direkten Haftung die völlige Vernichtung des Geschäftsorganismus fordert. Denn dann bliebe dem Erben nichts weiter übrig, als sofort das Geschäft aufzulösen oder die direkte Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten zu übernehmen. Das aber kann nicht dem Sinne des Gesetzes entsprechen, das als Rechtsgrund der unbeschränkten Haftung die Fortführung des Geschäfts durch den Erben unter der bisherigen Firma statuiert. Hieraus ergibt sich, daß der Fortfall dieser direkten Haftung auf dem Fortfall des sie begründenden Ereignisses beruht. Das aber ist die Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma durch den Erben, und nur die Einstellung dieser Fortführung, nicht die Einstellung der Fortführung des Geschäfts schlechthin, beseitigt die Rechtswirkungen des § 27. Eine völlige Aufgabe des Geschäfts durch den Erben ist also nicht zu fordern. Für das Gesetz ist lediglich die Frage von Bedeutung, ob der Erbe das Geschäft unter der alten Firma fortführt. Denn wenn er die sich hieraus ergebenden Vorteile genießt, so soll er auch die Nachteile der direkten Haftung tragen.

Die Einstellung bildet den Gegensatz zu dem oben ausführlich besprochenen Begriff der Fortführung. Man kann also am einfachsten so definieren, daß man die Einstellung als gegeben ansieht, wenn ein Begriffsmoment der Fortführung fehlt.

In welcher Weise die Einstellung des Geschäftsbetriebes erfolgt, ist unerheblich, sie braucht insbesondere keine plötzliche und unvermittelte zu sein; sie ist auch darin zu erblicken, daß zur allmählichen Auflösung des Geschäfts übergegangen wird. Eine Liquidation ist nicht erforderlich.

Wie bereits oben ausgeführt worden ist, muß man es als eine Einstellung auch betrachten, wenn der individuelle Charakter des Geschäfts gestört und der Geschäftsbetrieb sachlich völlig umgewandelt wird. Eine Einstellung liegt ferner vor, wenn der

Erbe zwar anfangs die bisherige Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, sie dann aber fallen läßt und für das Geschäft eine neue Firma annimmt.[1]) Denn das ist doch gerade der Zweck der Überlegungsfrist, daß dem Erben ausreichende Zeit und Möglichkeit gegeben werden soll, sich über den Umfang der Aktiva und Passiva möglichst eingehend zu orientieren. Hierzu aber kann man sich keine bessere Gelegenheit denken als die zeitweilige Führung des Geschäfts. Gelangt nun der Erbe während dieser Zeit zu der Erkenntnis, daß er den Verbindlichkeiten seines Vorgängers nicht gewachsen ist, so muß man es ihm während der Überlegungsfrist freistellen, die bisherige Firma abzulegen und dadurch den Ausschluß der direkten Haftung zu bewirken. Diese Auffassung entspricht auch am meisten dem Sinne des Gesetzes und vor allem: sie enthält durchaus keine Benachteiligung der Gläubiger. Denn bei einer sofortigen Auflösung des Geschäfts haben diese immer noch weniger zu erwarten, als wenn der Erbe ein tüchtiger Geschäftsmann ist und das Geschäft, wenn auch unter neuer Firma, so doch im alten Rahmen fortführt.

Außerordentlich bestritten ist die Frage, ob in einer Veräußerung des Geschäfts durch den Erben während des spatium deliberandi eine Einstellung zu erblicken ist. Staub verneint dies, in einem gewissen Gegensatz zu seiner eben angeführten Auffassung von dem Begriff der Einstellung eines Geschäfts. Er will für den Erben, der das Geschäft während der „Versuchszeit" veräußert, die unbeschränkte Haftung nach Ablauf der Frist eintreten lassen. Es liege zwar keine Fortführung des Geschäfts durch ihn selbst vor, aber auch keine Einstellung der Fortführung. Wenn er aber die Vorteile des Weiterbetriebes des Geschäfts und der Fortführung der Firma einheimse, so müsse er auch die Nachteile der direkten Haftung auf sich nehmen.[2]) Es ist bereits aus-

---

[1]) So Bolte in Zeitschr. Bd. 51 S. 448; Makower, Komm. Bd. 1 S. 131; Stegemann S. 112; anders Düringer-Hachenburg, Komm. Bd. 1 S. 272.

[2]) Lehmann-Ring, Komm. Bd. 1 S. 99 Nr. 5; Staub, Komm. Bd. 1 S. 170 Anm. 24; anders Düringer-Hachenburg, Komm. Bd. 1 S. 272; Goldmann, Komm. Bd. 1 S. 134; Stegemann S. 113.

geführt worden, daß die direkte Haftung vom Gesetzgeber auf die Grundlage der Fortführung des Geschäfts durch den Erben unter der bisherigen Firma gestellt ist; veräußert nun der Erbe das Geschäft, so entfällt ein Begriffsmerkmal derjenigen Fortführung, die allein die Haftung aus § 27 begründen kann, nämlich die Fortführung „durch den Erben". Es erscheint auch für das Gesetz belanglos, ob der Erbe irgendwelche Vorteile während der provisorischen Fortführung einheimst, oder ob ihm Nachteile aus der Veräußerung erwachsen. Der § 27 knüpft vielmehr an die Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma über die Überlegungsfrist hinaus unweigerlich die direkte Haftung des Erben. Deshalb ist ihm ja die Frist gegeben, damit er einmal das ererbte Geschäft nicht sofort aufzulösen genötigt ist, andererseits die oft verhängnisvollen Wirkungen der unbeschränkten Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten immer noch dadurch abwenden kann, daß er vor Ablauf der Frist die Fortführung des Geschäfts aufgibt. Wie er das tut, ob er das Geschäft auflöst oder veräußert, ist unerheblich.

Natürlich wird der Erbe von seiner Haftung als solcher durch die Veräußerung des Geschäfts nicht befreit, insbesondere unterliegt der Erlös aus dem Verkauf dem Zugriff der Gläubiger. Veräußert der Erbe das Geschäft an einen Dritten, so gelangen die Bestimmungen der §§ 25, 26 zur Anwendung.

In einer neueren Entscheidung hat freilich das Reichsgericht die Staubsche Auffassung gebilligt, aber nur für den Fall, daß der Erbe das Geschäft mit der Firma an einen Dritten veräußert.[1]) Da das Reichsgericht seine Entscheidung gerade auf den Umstand der Fortführung der bisherigen Firma durch den Dritten stützt, so ist anzunehmen, daß auch nach seiner Ansicht im Falle der Veräußerung ohne Firma eine Einstellung des Geschäftsbetriebs durch den Erben vorliegt. Das Reichsgericht beabsichtigt durch diese Entscheidung einen erhöhten Schutz der Geschäftsgläubiger in der Erwägung, daß ihnen eine Veräußerung des Geschäfts mit der bisherigen Firma unbekannt bleiben kann. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, daß auch im Falle der Veräußerung

[1]) RG. Bd. 56 S. 196.

des Geschäfts mit der Firma an einen Dritten dem nach außen entstehenden Eindruck der Kontinuität der alten Geschäftsbeziehungen dadurch genügend Rechnung getragen wird, daß der die Firma weiterführende Dritte für die alten Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. Es liegt also keine Veranlassung vor, den Erben gerade so haften zu lassen, wie wenn er das Geschäft selber fortführen würde. In der Praxis würde dies auch zu großen Härten und Unbilligkeiten führen. In allen Fällen, in denen der Erbe nicht sofort, nachdem der Erblasser die Augen geschlossen hat, den Betrieb des demnächst verkauften Geschäfts eingestellt hatte, müßte nach der Entscheidung des Reichsgerichts seine Haftung eintreten. Damit würde aber gerade die Wohltat vereitelt, welche das Gesetz ihm gewähren will. Sehr häufig führt der Erbe das Geschäft nur zu dem Zwecke fort, um durch demnächstigen Verkauf den Geschäftsbetrieb einzustellen. Es ist auch kaum anzunehmen, daß im kaufmännischen Verkehr eine Geschäftsveräußerung den Gläubigern unbekannt bleiben wird. Denn stets wird der bisherige Inhaber dafür Sorge tragen, daß die Kunde von der Veräußerung und der dadurch entstehenden neuen Haftung des Erwerbers in möglichst weite Kreise dringt. Und die erbrechtliche Haftung fällt dem Veräußerer ja nach wie vor zur Last.

Die Fortführung durch den Erben liegt ferner nicht vor in den Fällen einer Verpachtung des Geschäfts, einer Nachlaßverwaltung oder einer Nachlaßkonkursverwaltung sowie dann, wenn im Falle der Verheiratung der Erbin der Ehemann auf Grund seines Rechts als solcher die Fortführung aufnimmt. Hier bleibt zwar überall das Recht des Erben am Geschäft unveränderlich bestehen; da jedoch die tatsächliche Fortführung auf einen anderen übergeht, kann von einem Eintritt der direkten Haftung infolge Fortführung durch den Erben keine Rede sein. Ferner die Fälle der Ausschlagung der Erbschaft, des Eintritts der Nacherbfolge, des Todes des fortführenden Erben. Denn das die direkte Haftung begründende Moment liegt in der vom Gesetzgeber aus der Firmenfortführung seitens des Erben abgeleiteten Willenserklärung desselben, diese Haftung zu übernehmen. Eine solche Willenserklärung aber kann allein vom Erben in Person

oder seinem gesetzlichen Vertreter ausgehen. Ein solcher aber ist weder der Pächter, noch der Konkursverwalter, noch der Ehemann usw. Daraus erhellt, daß selbst eine ausdrückliche, auf Übernahme der direkten Haftung gerichtete Willenserklärung dieser Personen wirkungslos sein würde, weil sie eine offenbare Überschreitung ihrer Vertretungsbefugnisse enthalten würde.

Es bedarf weiter keiner Erörterung, daß in der Ausschlagung der Erbschaft stets eine rechtzeitige Einstellung zu erblicken ist. Denn der letzte Satz des Abs. 2 des § 27 bestimmt, daß die Einstellungsfrist nicht vor Ablauf der Ausschlagungsfrist endigt. Umgekehrt liegt jedoch in der Einstellung der Fortführung des Geschäfts keine Ausschlagung der Erbschaft. Sie befreit demnach auch bloß von der direkten Haftung, während die erbrechtliche bestehen bleibt.

Unerheblich für die Beschränkung der direkten Haftung sind auch die Gründe, aus denen die Einstellung der Fortführung des Geschäfts erfolgt. Die Wohltaten des Haftungsausschlusses treten ein, mag der Erbe die Fortführung freiwillig einstellen oder an dem Weiterbetriebe aus Gründen der Nachlaßfürsorge gehindert werden (§ 1960 BGB.).

Es soll jetzt noch die Einstellungsfrist in ihrer zeitlichen Begrenzung einer kurzen Betrachtung unterzogen werden.

Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkte, in welchem der Erbe von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangt. Es besteht also ein Gegensatz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, welches für den Beginn der Ausschlagungsfrist nicht nur die Kenntnis von dem Anfall der Erbschaft, sondern auch die vom Grunde der Berufung seitens des Erben erfordert (§ 1944 BGB.). Es ist möglich, daß der Erbe von dem Erbfall erst Kenntnis erlangt, nachdem bereits seine Fortführung begonnen hat, z. B. wenn nach dem Tode des Erblassers die von diesem bestellten Prokuristen und Beauftragten das Geschäft als Vertreter des Erben fortführen, ohne daß dieser davon weiß. Umgekehrt wird der Erbfall sehr häufig zur Kenntnis des Erben vor Beginn seiner Fortführung gelangen, so im Falle einer Nachlaßverwaltung. Hier ist es dann sogar möglich, daß die Frist gänzlich abgelaufen ist und mit Beginn der Fortführung durch den Erben auch zugleich seine unbeschränkte Haftung in

Erscheinung tritt. Dabei wird der Charakter einer Überlegungsfrist vollständig gewahrt, da ja auch während der Nachlaßverwaltung oder eines sonstigen Zwischenzustandes ihm die Möglichkeit gegeben ist, sich über die Geschäftslage zu informieren und über die Fortführung oder Einstellung schlüssig zu machen.

Das Ende der Frist tritt regelmäßig mit dem Ablauf von drei Monaten seit ihrem Beginn ein. Die Frist endet also mit dem Ablauf desjenigen Tages des dritten Monats, welcher durch seine Zahl dem Tage entspricht, an dem die Frist begann. Fehlt in dem letzten Monate der Frist der für ihren Ablauf maßgebende Tag, so endigt die Frist mit dem Ablauf des letzten Tages dieses Monats (§ 188 BGB.).

Für den Lauf der Überlegungsfrist sollen die Vorschriften des § 206 BGB. entsprechende Anwendung finden. Dieser lautet:

„Ist eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne gesetzlichen Vertreter, so wird die gegen sie laufende Verjährung nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem die Person unbeschränkt geschäftsfähig wird oder der Mangel der Vertretung aufhört. Ist die Verjährungsfrist kürzer als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, soweit eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person prozeßfähig ist".

Ist oder wird also der Erbe geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt und fehlt ihm der gesetzliche Vertreter, so läuft die Dreimonatsfrist nicht, ehe dieser Mangel gehoben ist. Dies gilt nicht, wenn der Erbe mit Genehmigung des Vormundes und des Vormundschaftsgerichts zum selbständigen Betrieb des ererbten Geschäfts ermächtigt war (§§ 206 Abs. 2, 112 BGB.). Hierin ist selbstverständlich eine Fortführung zu erblicken. Nach Düringer-Hachenburg kann der Fall des § 27 Abs. 2 HGB. und § 206 BGB. nur insofern praktisch werden, als der gesetzliche Vertreter, der die Fortführung begann, vor Ablauf der drei Monate stirbt oder aus einem sonstigen Grunde aufhört, Vertreter zu sein. Diese Auffassung wird damit begründet, daß eine Fortführung des Geschäfts durch den Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten selbst mit rechtlicher Wirkung nicht möglich

sei.[1]) Das ist jedoch nicht ganz richtig. Man denke an den Fall, daß der vollgeschäftsfähige Erbe innerhalb der Dreimonatsfrist geisteskrank wird. Auch hier wird die Einstellungsfrist erst mit der Bestellung des Vormundes beginnen.[2])

Eine entsprechende Anwendung des Abs. 2 des § 206 BGB. auf den Fall des § 27 HGB. findet nicht statt, weil die Prozeßfähigkeit wohl für die Verjährung von Bedeutung ist, nicht aber für den hier behandelten Fall.

Eine weitere Möglichkeit einer Verlängerung der Einstellungsfrist wird durch den dritten Satz des Abs. 2 § 27 gegeben. Zum Verständnis dieser bereits am Anfang dieses Paragraphen angeführten Bestimmung muß man scharf zwischen der Einstellung der Geschäftsfortführung unter bisheriger Firma und der Ausschlagung der ganzen Erbschaft unterscheiden. Jene befreit von der unbeschränkten Haftung des § 27 und läßt daneben die erbrechtliche Haftung bestehen, diese schließt überhaupt jegliche Haftung des Erben für die Nachlaßschulden aus.

Die Ausschlagung ist zulässig, solange nicht die in § 1944 BGB. festgelegte Frist von sechs Wochen bezw. sechs Monaten abgelaufen ist oder der Erbe ausdrücklich oder stillschweigend den Entschluß betätigt hat, die Erbschaft anzunehmen. In der Fortsetzung eines zum Nachlaß gehörenden Geschäfts liegt allein keine Annahme der Erbschaft, selbst dann nicht, wenn der Erbe der alten Firma einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz beifügt.[3])

Da die Ausschlagungsfrist in der Regel bloß sechs Wochen laufen und ihr Beginn meistens mit dem Anfang der Überlegungszeit zusammenfallen wird, so wird sie beim Ablauf derselben regelmäßig verstrichen sein. Ausnahmsweise kann jedoch die Ausschlagungsfrist eine längere Dauer haben oder überhaupt später beginnen als die Frist des § 27 Abs. 2.

Einmal beträgt die Dauer der Ausschlagungsfrist sechs Monate, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz im Auslande gehabt

---

[1]) Düringer-Hachenburg, Komm. Bd. 1 S. 273 Anm. 12.
[2]) Anders Stegemann S. 115.
[3]) Goldmann, Komm. Bd. 1 S. 131 bb.

hat oder sich der Erbe bei Beginn der Frist im Ausland aufhält (§ 1944 Abs. 3 BGB.).

Sodann der bereits oben gestreifte Fall, daß der Erbe den Grund der Berufung wesentlich später erfährt als den Erbfall oder daß die Verfügung, durch die der Erbe berufen ist, erheblich später verkündet wird. Auch hier läuft die Ausschlagungsfrist erst von dem Zeitpunkt der Kenntnis bezw. der Testamentseröffnung an.

Endlich kann der Beginn der Ausschlagungsfrist noch ganz besonders durch die Vorschrift des § 2306 BGB. hinausgeschoben werden: Es kann sich nämlich der zugleich pflichtteilsberechtigte Erbe, dessen Erbteil zwar größer als der Pflichtteil, aber erheblich beschwert ist, sein freies Pflichtteil dadurch verschaffen, daß er das ihm zugewendete Erbe ausschlägt. Diese Ausschlagungsfrist beginnt erst, wenn der Erbe von der Beschränkung oder der Last Kenntnis erlangt. Daß dies oft erst geraume Zeit nach dem Erbfall eintreten kann, bedarf keiner Erörterung.

In allen diesen Fällen also ist es denkbar, daß die an sich kürzere Ausschlagungsfrist später endigt als die Dreimonatsfrist des § 27 Abs. 2 oder gar erst nach derselben beginnt. Das rechtfertigt sich daraus, daß das Ausschlagungsrecht völlig wertlos würde, sobald der Erbe direkt für die Geschäftsverbindlichkeiten haftete. Denn er könnte sich dann durch die Ausschlagung vor der unbeschränkten Haftung für die Erbschaftsschulden zum erheblichen Teile nicht mehr bewahren.[1])

Stirbt der Erbe, der das Geschäft fortführt, vor Ablauf der Dreimonatsfrist, so müssen auch seine Erben die Überlegungsfrist haben. Nach dem Vorgange des § 1952 Abs. 2 BGB., wonach sich die Ausschlagungsfrist des Erben für dessen Erben um die für diese bestehende Ausschlagungsfrist verlängert, muß man dem Erben des das Geschäft fortführenden Erben eine neue Frist von drei Monaten von dem Tage der Kenntnis vom Erbanfall an zur Einstellung der Fortführung geben. Hinterläßt der Erbe mehrere Erben und stellt einer von diesen die Fortführung ein, so haftet dieser nicht mehr unbeschränkt. Eine übereinstimmende

---

[1]) Bolte in Zeitschr. Bd. 51 S. 456.

Entschließung der Miterben ist nicht erforderlich (§ 1952 Abs. 3 BGB.).

Was endlich die Rechtsgeschäfte anlangt, die der Erbe während der Dreimonatsfrist abschließt, so kann an ihrer Gültigkeit kein Zweifel bestehen, da der Erbe innerhalb der Frist in der Regel bereits definitiver Erbe geworden sein wird. Die Wirksamkeit wird auch durch eine nach Ablauf der gewöhnlichen sechswöchentlichen Ausschlagungsfrist erfolgende Einstellung der Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma in keiner Weise in Frage gestellt. Denn der definitive Erbe kann als solcher den Nachlaß gültig verwalten, und alle Rechtsgeschäfte, die er in dieser Eigenschaft vornimmt, sind daher auch unbedingt gültig. Fraglich ist bloß der Umfang der Haftung für die während der Zwischenzeit vorgenommenen Rechtshandlungen. Stellt der definitive Erbe die Geschäftsfortführung ein, so haftet er bloß nach den erbrechtlichen Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Läßt er dagegen die Dreimonatsfrist ohne Einstellung verstreichen, so muß er die direkte Haftung des § 27 auf sich nehmen.

Wie bereits ausgeführt worden ist, kann jedoch die Ausschlagungsfrist mehr als sechs Wochen, ja sogar mehr als drei Monate betragen. Dann hat die Einstellungsfrist dieselbe Dauer wie die Ausschlagungsfrist, und die Wirksamkeit der in der Überlegungszeit vorgenommenen Rechtsgeschäfte bestimmt sich nach den Vorschriften des § 1959 BGB. Danach ist der die Erbschaft ausschlagende Erbe für die Besorgung erbschaftlicher Geschäfte demjenigen gegenüber, der Erbe wird, wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag berechtigt und verpflichtet (§§ 1959 Abs. 1, 677 ff. BGB.). Nach § 1953 BGB. gilt im Falle der Ausschlagung der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt. Es müssen daher alle Verfügungen, welche derselbe in Ansehung von Nachlaßgegenständen vorgenommen hat, für rückwärts hinfällig erachtet werden. Indes bestimmt § 1959 Abs. 2 BGB., daß Verfügungen des Ausschlagenden über Nachlaßgegenstände auch nach der Ausschlagung wirksam bleiben, wenn sie nicht ohne Nachteil für den Nachlaß verschoben werden konnten. Dies ist, wenn der Ausschlagende ein zum Nachlaß gehörendes Handelsgeschäft fortgeführt hat, bezüglich aller Verfügungen, und zwar nur dieser der Fall, die der

ordnungsmäßige Betrieb eines Handelsgeschäfts erforderlich macht und die keinen Aufschub dulden.[1]) Für die Geschäftsverbindlichkeiten, die während der Geschäftsfortführung durch den ausschlagenden Erben entstanden sind, haftet dieser lediglich unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag, also nicht persönlich und mit seinem ganzen Vermögen.[2]) Endlich behält ein Rechtsgeschäft, das gegenüber dem Erben als solchem vorzunehmen ist, auch nach der Ausschlagung seine Wirksamkeit, wenn es vor derselben dem Ausschlagenden gegenüber vorgenommen worden ist (§ 1959 Abs. 3 BGB.).[3]) Der Schutz des gutgläubigen Dritten, der mit dem provisorischen Erben kontrahiert hat, besteht in den Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens (§§ 932 ff. BGB.) und des Vertrauens auf das Grundbuch (§ 892 BGB.) sowie über den Erbschein (§§ 2366, 2367 BGB.).

§ 8.

Die Anwendbarkeit des Abs. 2 § 25.

Der § 27 HGB. fordert für den in ihm enthaltenen Tatbestand eine entsprechende Anwendung der Vorschriften des § 25, ohne eine derselben ausdrücklich auszuschließen. Aus dieser Tatsache ergibt sich zunächst, daß auch der Abs. 2 § 25 vom Gesetzgeber für entsprechend anwendbar erklärt wird, es sei denn, daß die entsprechende Geltung wegen der abweichenden Natur des Tatbestandes des § 27 nicht möglich ist. Der Wortlaut des Abs. 2 soll hier nochmals wiederholt werden:

„Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist".

Durch diese Vorschrift wird also dem Erwerber eines Handels-

---

[1]) vgl. hierzu Goldmann, Komm. Bd. 1 S. 136; anders Staub, Komm. Bd. 1 S. 171 Anm. 28.

[2]) So Goldmann, Komm. Bd. 1 S. 136; Jaeger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs S. 4; anders Düringer-Hachenburg, Komm. Bd. 1 S. 273 Anm. 13; Staub, Komm. Bd. 1 S. 171 Anm. 28.

[3]) Mot. z. BGB. Bd. 5 S. 338.

geschäfts unter Lebenden, der die bisherige Firma fortführt, die Möglichkeit gegeben, sich gleichwohl der unbeschränkten Haftung aus § 25 Abs. 1 zu entziehen.

Es fragt sich nun, ob und inwieweit diese Bestimmung auch für den Geschäftsübergang von Todes wegen, also für den Tatbestand des § 27, zur Anwendung gelangen kann. Diese Frage hat in der Literatur zu den lebhaftesten Kontroversen geführt.

Ohne Zweifel ist die Anwendbarkeit des Abs. 2 § 25 auf den Fall des § 27 dann gegeben, wenn durch eine abweichende „Vereinbarung" zwischen dem Erblasser und dem Erben festgesetzt ist, daß der Erbe trotz Fortführung der Firma nur beschränkt haften soll. Eine solche Vereinbarung würde im Falle eines Erbvertrags vorliegen.[1]) Aber auch durch letztwillige Verfügung des Erblassers könnte eine derartige Haftungsbeschränkung zugunsten des Erben ausgesprochen werden.[2]) Wie beim Übergang unter Lebenden der vertragschließende Teil kann auch der Erblasser verfügen, daß die gesetzlichen Folgen der Firmenfortführung ausgeschlossen sein sollen. Diese Auffassung enthält auch keine Unbilligkeit gegenüber den Geschäftsgläubigern. Denn diese haben kein unentziehbares Recht darauf, daß der Rechtsnachfolger im Geschäft ihnen persönlich und mit seinem ganzen Vermögen haftet. Die erbrechtliche Haftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch mit den Kräften des Nachlasses wird ja in ihrem Bestande durch einen Erbvertrag oder ein Testament, die die direkte Haftung ausschließen, nicht getroffen.

Kann man nun in einem Erbvertrag oder einer letztwilligen Verfügung eine Vereinbarung im Sinne des § 25 Abs. 2 erblicken, so handelt es sich bloß noch um die Frage, wie diese „Vereinbarung" Dritten gegenüber rechtswirksam wird. Der Abs. 2 § 25 ist hier ohne weiteres anwendbar: Der Erbvertrag oder die letztwillige Verfügung sind also dem Dritten zur Kenntnis zu bringen. Hierfür gibt der Gesetzgeber zwei Wege an, einmal die Eintragung ins Handelsregister und deren Bekanntmachung, ein jedem Dritten

---

[1]) Bolte in Zeitschr. Bd. 51 S. 457; Düringer-Hachenburg, Komm. Bd. 1 S. 268 Anm. 6; Stegemann S. 117.

[2]) So Düringer-Hachenburg, Komm. Bd. 1 S. 268 Anm. 6; anders Goldmann, Komm. Bd. 1 S. 132; Lehmann-Ring, Komm. Bd. 1 S. 100 Nr. 6; Goldmann in der Festgabe für Wilke, Berlin 1900.

gegenüber wirksames Mittel.[1]) Dann ermöglicht es das Gesetz dem Erben, die Beschränkung der Haftung bloß einem oder einzelnen Gläubigern gegenüber dadurch auszusprechen, daß die abweichende „Vereinbarung" diesem mitgeteilt wird. Zeitlich ist dieses Recht aus § 25 Abs. 2 ebenfalls an die dreimonatliche Einstellungsfrist gebunden und seine Ausübung durch Ablauf der Überlegungszeit ausgeschaltet.

Aber abgesehen von diesen verhältnismäßig selteneren Fällen fragt es sich, ob überhaupt der Erbe, der das ererbte Geschäft unter der bisherigen Firma fortführt, durch Eintragung in das Handelsregister oder Mitteilung an die Gläubiger die direkte Haftung von sich abwenden kann. Wie schon angedeutet, ist es eine heißumstrittene Frage: Die einen wollen den Abs. 2 § 25 uneingeschränkt und in allen Fällen auf den Tatbestand des § 27 angewandt wissen, obwohl es eingestandenermaßen für eine Vereinbarung am Gegenkontrahenten fehlt.

Nach ihrer Auffassung ergibt sich die Möglichkeit der analogen Anwendung aus dem den §§ 25, 27 zugrunde liegenden gesetzgeberischen Gedanken. Nach der Denkschrift ist der Passivenübergang nicht begriffsnotwendig mit der Fortführung der Firma verbunden, sondern nur dann, wenn er sich zugleich auf die Grundlage eines dahinzielenden Willensaktes der Parteien stellen läßt. Diese Präsumtion aber könne jederzeit entkräftet werden, seitens des Erwerbers unter Lebenden gemäß § 25 Abs. 2 durch öffentliche Bekanntmachung einer zwischen ihm und dem Veräußerer getroffenen Vereinbarung, dahin lautend, daß trotz Firmenfortführung kein Passivenübergang stattfinden soll. In gleicher Weise bedinge der innere Charakter des § 27 auch für den Erben die Möglichkeit, seine abweichende, der gesetzlichen Vermutung entgegenstehende Willensmeinung in bestimmter Form und Frist mit Rechtswirksamkeit zum Ausdruck zu bringen.[2])

Dieser Auffassung ist nicht beizutreten. Wenn auch die

---

[1]) vgl. hierzu §§ 10—13 HGB.; §§ 125, 128—131 FGG.; Cohn in Gruchots Beitr. Bd. 42 S. 54.

[2]) Boehm, Erbrecht S. 422; Bolte in Zeitschr. Bd. 51 S. 457 ff.; Staub, Komm. Bd. 1 S. 167 Anm. 11; Stegemann S. 117 ff.

gesetzliche Vermutung dafür besteht, daß der Erwerber bezw. der Erbe durch Beibehaltung der Firma die Absicht bekundet, soweit als möglich in die Geschäftsbeziehungen seines Vorgängers einzutreten, so kann man daraus doch noch nicht schließen, daß umgekehrt der Erbe auch berechtigt sein soll, durch eine einseitige Willenserklärung die aus der gesetzlichen Vermutung resultierenden Rechtswirkungen von sich abzuwenden und sich der unbeschränkten Haftung zu entziehen. Insbesondere vermag doch diese Erklärung des Erben, dieser von ihm allein ausgehende Entschluß, lediglich beschränkt mit dem Nachlaß haften zu wollen, die Vereinbarung des § 25 Abs. 2 nicht zu ersetzen. Die Kundmachung einer solchen Entschließung würde so wenig wie eine Kundmachung des Erben, für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten überhaupt nicht haften zu wollen, von Bedeutung sein. Vor allem wird die Auffassung, daß eine entsprechende Anwendung des § 25 Abs. 2 auf den Tatbestand des § 27 auch zur Wirksamkeit einer solchen einseitigen Erklärung des Erben führe, dem Willen des Gesetzes, wie er in § 27 Abs. 2 zum Ausdruck gelangt, nicht gerecht. Nach dieser Bestimmung soll die unbeschränkte Haftung nicht eintreten, wenn der Erbe innerhalb einer bestimmten Zeit die Fortführung des Geschäfts einstellt. Es kann nun nicht im Sinne des Gesetzes liegen, daß diese besondere Möglichkeit, die Haftung zu beschränken, zu einer sich schon aus § 25 ergebenden Befugnis des Erben, durch einseitige Erklärung die Haftung zu beschränken, hinzutreten solle. Die Vorschrift des § 27 Abs. 2 hätte keinerlei praktische Bedeutung, sie wäre völlig überflüssig, wenn man daneben dem Erben auch noch in analoger Anwendung von § 25 eine allgemeine Beschränkungsmöglichkeit zusprechen wollte. Könnte sich der Erbe ebenso wie der Erwerber unter Lebenden durch seine Erklärung der unbeschränkten Haftung entziehen wie durch Einstellung der Geschäftsfortführung innerhalb der Dreimonatsfrist, so würde er natürlich stets zu dem ersten als dem bequemeren Mittel greifen und bei Beginn der Geschäftsfortführung die Ablehnung der direkten Haftung erklären. Deshalb ist ihm ja die Möglichkeit, die unbeschränkte Haftung später doch noch auf sich zu nehmen, unbenommen. Neben einem so einfachen Mittel, die Haftung zu beschränken, würde die besondere Vorschrift des § 27

Abs. 2 geradezu als umständlich erscheinen. Daraus aber, daß der Gesetzgeber gleichwohl diese Vorschrift für notwendig hält, ergibt sich, daß er in § 27 Abs. 2 die Frage besonders regeln will, inwiefern der Erbe durch ein einseitiges Verhalten die Beschränkung der Haftung herbeiführen kann. Demnach ist ein anderes einseitiges Verhalten des Erben als das vom Gesetzgeber vorgesehene nicht geeignet, die Haftung zu beschränken, und man muß deshalb eine analoge Anwendung auch des § 25 Abs. 2 auf den § 27 verwerfen. An seine Stelle tritt vielmehr die Bestimmung des § 27 Abs. 2.[1])

§ 9.

Die Fortführung des Geschäfts unter Veränderung der Firma.

Wie bereits erwähnt, knüpft der § 25 seine Rechtswirkungen an zwei verschiedene Tatbestände, zwischen denen er scharf unterscheidet. Einmal behandelt er die Rechtslage, wenn das in andere Hände übergegangene Geschäft unter der bisherigen Firma, sei es auch mit einem das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatze, fortgeführt wird, und sodann den Fall, wo dies nicht geschieht. Für den letzteren ordnet der § 25 Abs. 3 nun folgendes an:

> „Wird die Firma nicht fortgeführt, so haftet der Erwerber eines Handelsgeschäfts für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekanntgemacht worden ist".

Die vom § 27 für seinen Tatbestand geforderte analoge Anwendung dieser Bestimmung verursacht keinerlei Schwierigkeit.[2])

---

[1]) Cohn in Gruchots Beitr. Bd. 42 S. 63; Goldmann, Komm. Bd. 1 S. 132; Lehmann-Ring, Komm. Bd. 1 S. 100 Nr. 6; anders Bolte in Zeitschr. Bd. 51 S. 462; Ritter, Vorträge S. 52.

[2]) So Cosack, Lehrb. S. 61 ff.; Düringer-Hachenburg, Komm. Bd. 1 S. 269 Anm. 7; Goldmann, Komm. Bd. 1 S. 131; Lehmann-Ring, Komm. Bd. 1 S. 98 Nr. 3; Makower, Komm. Bd. 1 S. 132, 128; Staub, Komm. Bd. 1 S. 166 Anm. 8; Stegemann S. 129.

Der Begriff der Fortführung der Firma ist bereits oben ausführlich besprochen worden. Insbesondere sind auch die Fälle, in denen man im Zweifel sein könnte, ob man es mit einer Firmenfortführung oder -ablegung zu tun hat, einer genauen Betrachtung unterzogen worden. Die dort gegebenen Ausführungen beantworten zugleich umgekehrt die Frage, wenn man von einer Nichtübernahme der bisherigen Firma reden kann, und lassen eine weitere Erörterung hierüber als überflüssig erscheinen.

Eine besondere handelsrechtliche Haftung erwächst dem Erben demnach im Falle der Fortführung ohne die bisherige Firma in der Regel nicht. Seine Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten wird sich also ebenso wie für die anderen Nachlaßschulden nach den erbrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs richten. Eine direkte Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten, also eine Haftung mit dem ganzen Vermögen, tritt bloß dann ein, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Passivenübernahme von dem Erben in handelsüblicher Weise bekanntgemacht worden ist. Es treten alsdann alle aus der unbeschränkten Haftung sich ergebenden Folgen in derselben Weise ein wie im Falle der entsprechenden Anwendung des § 25 Abs. 1.[1]) Die Nachlaßverwaltung und das Aufgebot seitens des Erben berühren also die Geschäftsgläubiger nicht. Sie sind zur Klage gegen den Erben und zur Zwangsvollstreckung in sein ganzes Vermögen berechtigt. In bezug auf den Nachlaß überhaupt bleibt dem Erben das Recht der Inventarerrichtung, da er die Rechtswohltat so lange hat, als er sie nicht allen Gläubigern gegenüber verloren hat (§ 2013 Abs. 2 BGB.).[2])

Die Frage, ob in der Fortführung des Geschäfts ohne Beibehaltung der Firma eine deutliche Erklärung der Annahme der Erbschaft liegt,[3]) ist im allgemeinen zu verneinen. Wenn in der Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma auch dann, wenn dieser ein das Nachfolgeverhältnis andeutender Zusatz bei-

---

[1]) So Goldmann, Komm. Bd. 1 S. 112; Staub, Komm. Bd. 1 S. 161; Stegemann S. 129.

[2]) Goldmann-Lilienthal S. 232; Staub, Komm. Bd. 1 S. 166 Anm. 8; Stegemann S. 129.

[3]) Staub, Komm. Bd. 1 S. 165 Anm. 6.

gefügt wird, eine Annahme der Erbschaft nicht erblickt werden darf, so kann man auch aus der Fortführung ohne die bisherige Firma keine Annahme schließen. Denn in beiden Fällen gibt der Erbe dem Geschäft ein neues Gepräge, drückt er demselben die Signatur seiner eigenen Persönlichkeit auf. Damit aber entfällt auch die Staubsche Begründung für seine Auffassung. Daß natürlich die konkreten Umstände dazu führen können, die Fortführung ohne die bisherige Firma als Erbschaftsannahme auszulegen, ist damit nicht ausgeschlossen. Die einmal entstandene unbeschränkte Haftung für die Geschäftspassiva kann der Erbe nicht mehr rückgängig machen; sie ist eine endgültige. Die beschränkte Haftung für die übrigen Nachlaßverbindlichkeiten bleibt davon unberührt.

Von den besonderen Verpflichtungsgründen wird einer von dem Gesetzgeber ausdrücklich genannt. Dieser soll zunächst betrachtet werden.

Er liegt vor, wenn die Übernahme der Verbindlichkeiten von dem Erben in handelsüblicher Weise bekanntgemacht worden ist. Das Erfordernis liegt also in der handelsüblichen Art der Bekanntmachung. Es genügt nicht, wenn z. B. der Erbe in seinen Büchern die früheren Geschäftsschulden als seine eigenen bucht und ein Gläubiger hiervon ohne seinen Willen etwas erfährt. Die handelsübliche Bekanntmachung kann in verschiedener Weise erfolgen: durch öffentliche Bekanntmachung, sei es in öffentlichen Blättern oder durch Anschlag in oder am Geschäftslokal oder an der Börsentafel, durch Publikation der die früheren Geschäftspassiva enthaltenden Bilanz seitens der erbenden Gesellschaft. Eine handelsübliche Bekanntmachung liegt ferner in der Erklärung der Passivenübernahme zum Handelsregister zum Zwecke der Eintragung und Bekanntmachung. Die weitaus häufigste Form wird jedoch die Kundgebung durch ein Rundschreiben sein. Dieses muß den Willen des Erben zum Ausdruck bringen, die Geschäftsverbindlichkeiten zu übernehmen. Eine ausdrückliche Erklärung der Passivenübernahme ist demnach nicht erforderlich; genügen würde auch das übliche Rundschreiben an die Kundschaft in solchen Fällen, durch das um Erhaltung des bisher der Firma geschenkten Wohlwollens und Vertrauens gebeten wird, sofern darin nur die Übernahme der Geschäftsverbindlichkeiten nebenbei zum Ausdruck ge-

langt. Das Rundschreiben muß an eine so erhebliche Zahl von Geschäftsgläubigern versandt werden, daß sich daraus auf den Willen des Erben schließen läßt, die Geschäftsübernahme in der gekennzeichneten Art und Weise dem Kreise der Geschäftsgläubiger überhaupt, der Gläubigerschaft erkennbar werden zu lassen.[1]) Daß einzelne Gläubiger ein solches Rundschreiben nicht erhalten haben, ist dann unerheblich; auch der, dem es nicht zugegangen ist, kann sich auf dasselbe berufen.[2]) Soll der eine oder andere Gläubiger ausgeschlossen sein, so ist dies gleichfalls — und zwar spätestens gleichzeitig mit der Übersendung des Rundschreibens an die erhebliche Mehrzahl der Geschäftsgläubiger — durch eine Bekanntmachung zur allgemeinen Kenntnis zu bringen oder den betreffenden Gläubigern selbst mitzuteilen.[3]) Teilt aber der Erbe einer beschränkten Anzahl Gläubiger mit, daß er für ihre Forderungen die unbeschränkte Haftung übernehmen wolle, so kann keineswegs jeder andere Gläubiger daraus den Erben direkt haftbar machen. Denn hier liegt weder eine allgemeine noch eine besondere Bekanntmachung an alle Gläubiger vor.

In allen diesen Fällen der Bekanntmachung genügt die Mitteilung von der Übernahme des Geschäfts allein noch nicht. Denn der Gesetzgeber fordert ausdrücklich die Bekanntmachung einer Übernahme der früheren Geschäftsverbindlichkeiten. Andererseits muß man auch dem Sinne des Gesetzes nachgehen, das den Nachdruck auf das „Handelsübliche" legt. Wo also die vom Gesetzgeber für maßgebend erklärte Handelssitte eine Anzeige der Geschäftsübernahme als Bekanntmachung der Übernahme mit Aktiven und Passiven auffaßt, muß man in erster Linie die Anschauung des Handelsgewohnheitsrechts als bindend erachten, daß zum Geschäft im Zweifel auch die Geschäftsschulden gehören.

Andere Verpflichtungsgründe für die Übernahme der direkten Haftung außer dem vom Gesetz besonders erwähnten Falle der handelsüblichen Bekanntmachung können eine letztwillige Bestimmung sein. Der Erblasser kann es dem Erben zur Pflicht

---

[1]) RG. Bd. 17 S. 96, Bd. 38 S. 177; so auch die Kommentare.
[2]) RG. Bd. 38 S. 177.
[3]) RG. Bd. 38 S. 177.

machen, die direkte Haftung auf sich zu nehmen, selbst wenn er die bisherige Firma fallen lassen sollte.[1]) Ferner der Fall, daß der Erbe sich bereits bei Lebzeiten des Erblassers dessen Geschäftsgläubigern gegenüber zur Übernahme der direkten Haftung verpflichtet hat. Auch die Anmeldung zum Handelsregister ist als ein besonderer Verpflichtungsgrund anzusehen, wenn sie sich mit auf die Übernahme der Geschäftsverbindlichkeiten erstreckt.

Eine weitere Aufzählung der besonderen Verpflichtungsgründe erübrigt sich. Gemeint ist hiermit jeder Rechtsgrund, der nach anderen Rechtssätzen eine Haftung des Geschäftsnachfolgers begründen kann.

Zu erörtern bleibt noch die Frage nach der juristischen Konstruktion dieser durch einseitige Erklärung des Erben begründeten unbeschränkten Haftung.

Man kann da verschiedener Meinung sein. Es kann sich die Vorschrift des § 25 Abs. 3 als eine an sich unlogische Konzession des Rechts an die Zweckmäßigkeit darstellen. Oder sie läßt sich organisch in das System allgemeiner rechtlicher Grundsätze einfügen und bedeutet nur eine besondere Anwendung der letzteren auf einen besonderen Fall.

Von diesem letzteren Gesichtspunkte aus hat man in der öffentlichen Anzeige der Passivenübernahme eine Vertragsofferte erblickt, durch die der Erklärende auch ohne Annahme einseitig gebunden werde. Weiter hat man in der öffentlich erklärten Übernahme der Verbindlichkeiten ein einseitig bindendes Versprechen erblicken und somit das Prinzip der Auslobung zur Anwendung bringen wollen.[2]) Da eins wie das andere bedenklich erschien, so suchte das Reichsoberhandelsgericht die Haftung aus den Grundsätzen der bona fides zu erklären. In der Veröffentlichung als solcher erblickte es einen selbständig wirksamen, von jeder Akzeptation des Gläubigers unabhängigen obligatorischen Dispositionsakt, der den Disponierenden wegen der Anforderungen der bona fides haftbar mache.[3]) Auch diese Konstruktion ist abzulehnen. Die

[1]) Düringer-Hachenburg, Komm. Bd. 1 S. 269 Anm. 7.
[2]) Bolte in Zeitschr. Bd. 51 S. 470.
[3]) Lehmann-Ring, Komm. Bd. 1 S. 93 Nr. 10.

Rechtssätze von Treu und Glauben können doch immer erst dann Anwendung finden, wenn zwei Personen bereits durch ein obligatorisches Band verbunden sind. Fehlt aber dies, wie hier im Tatbestande des § 25 Abs. 3, so entfällt jede Berechtigung für eine Anwendung der bona fides.

Nach alledem ist in der Vorschrift des Abs. 3 § 25 ein positiver singulärer Rechtssatz zu erblicken, der sich nicht als eine logische Folgerung aus juristischen Grundbegriffen darstellt, und auf seine juristische Konstruktion zu verzichten.

Die Rücksicht auf Treu und Glauben war unzweifelhaft das Motiv zur Entstehung dieses Rechtssatzes; sie ist aber nicht der Rechtsgrund der Haftung. Dieser liegt vielmehr lediglich in der unmittelbaren Wirkung der positiven Bestimmung. Diese aber ist wiederum ein Ausfluß einer in der Praxis und Judikatur als rechtsverbindlich anerkannten Handelssitte des früheren Rechts, die zwar bloß für den Geschäftserwerb unter Lebenden galt, jedoch vom Gesetzgeber auf den Geschäftsübergang von Todes wegen ausgedehnt und zum Gesetz erhoben worden ist.[1])

§ 10.

Das Rechtsverhältnis beim Vorhandensein mehrerer Erben.

Hinterläßt der Erblasser mehrere Erben, so ist die Haftung derselben aus § 27 von denselben Grundsätzen beherrscht wie die Haftung des Einzelerben. Ihre Regelung wird auf keine besonderen Schwierigkeiten stoßen, solange die Miterben im vollen Einverständnis miteinander handeln. Auch hier hat man die beiden Fälle zu unterscheiden, einmal, daß das Geschäft unter der bisherigen Firma fortgeführt wird, und sodann, daß dieselbe abgelegt wird.

Führen die Erben das Geschäft unter der Firma weiter, so wird in den meisten Fällen, namentlich bei Fortführung über die Frist des Abs. 2 § 27 hinaus, die Gründung einer offenen

[1]) Bolte in Zeitschr. Bd. 51 S. 470; Staub, Komm. Bd. 1 S. 161 Anm. 29; Stegemann S. 133.

Handelsgesellschaft vorliegen.[1]) Unbedingt erforderlich ist dies jedoch nicht, da die offene Handelsgesellschaft zur Voraussetzung den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages hat,[2]) in dem der übereinstimmende Wille der Beteiligten, eine offene Handelsgesellschaft mit deren gesetzlichen Folgen zu betreiben, zum Ausdruck gelangen muß. Die Fortführung des zum Nachlaß gehörenden Geschäfts kann sehr wohl auch ohne Vertrag erfolgen, also bloß interimistisch, in Betätigung lediglich der Verwaltung des Nachlasses, der gemeinschaftliches Vermögen der Erben geworden ist.[3]) Man denke an den Fall, daß nach dem Tode eines Geschäftsinhabers der Vormund für dessen minderjährige Kinder das Geschäft weiterführt. Zwischen den Eigentümern des Geschäfts wird dann kein Gesellschaftsverhältnis, sondern nur eine Erbgemeinschaft begründet. Diese mehreren Erben haften auch zivilrechtlich solidarisch (§ 2058 BGB.). Das Recht des einzelnen Miterben, bis zur Erbteilung auch bei unbeschränkter Haftung die Gläubiger bezüglich des seine Erbquote übersteigenden Teiles der Forderungen an den Nachlaß zu verweisen (§ 2059 Abs. 1 BGB.), wird man ihm auch den Geschäftsgläubigern gegenüber zugestehen. Denn er haftet nur als Erbe. Für die Haftung nach der Teilung sind die Vorschriften des § 2060 BGB. maßgebend. Es muß hierbei beachtet werden, daß durch den Aufschub der Teilung nur die Solidarität der Haftung beschränkt ist. Der Erbe, der das Geschäft mit anderen Miterben ohne die Gründung einer offenen Handelsgesellschaft fortführt, haftet mit seinem ganzen Vermögen. Allein solange die ganze Erbschaft noch nicht geteilt ist, haftet er unbeschränkt zunächst nur nach der Quote seines Erbteils. Die Vereinbarung der Miterben, eine offene Handelsgesellschaft zu bilden, schließt das Verlangen der Teilung der Schuld aus. Sie haften dann als Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft unbeschränkt und solidarisch (§ 128 HGB.). Staub behauptet, daß die Miterben, die das Geschäft mit der Firma fortführen, die unbeschränkte Haftung durch Ein-

---

[1]) Düringer-Hachenburg, Komm. Bd. 1 S. 270 Anm. 9.
[2]) BGB. §§ 705 ff.; HGB. §§ 105 ff.
[3]) RG. Bd. 35 S. 17; § 2032 BGB.

tragung oder Mitteilung für alle Fälle ablehnen können.[1]) Dieser Ansicht ist nicht beizutreten, da die darin ausgesprochene analoge Anwendung des § 25 Abs. 2 für den Tatbestand des § 27 bereits oben abgelehnt worden ist.

Hervorzuheben ist der Fall der Erbauseinandersetzung, wenn also das Geschäft von einem oder mehreren Miterben übernommen wird. Darin liegt eine Veräußerung des Geschäfts, insofern die Anteile der Miterben auf den Übernehmer übergehen, und während er bis zur Erbteilung zur alleinigen Geschäftsführung nicht berechtigt war, erwirbt er dieses Recht durch die Überlassung im Wege der Erbteilung. Es liegt also ein Rechtsgeschäft unter Lebenden im Sinne des § 25 vor, und dessen Bestimmungen gelangen deshalb zur Anwendung.[2]) Die Haftung der übrigen Erben richtet sich nach § 27; insbesondere wird hier wiederum die bereits erörterte Frage von Bedeutung sein, ob in der Aufgabe des Geschäfts seitens der veräußerden Erben eine Einstellung des Betriebes und somit eine Befreiung von der unbeschränkten Haftung liegt. Diese Frage ist bereits oben bejaht worden. Übernimmt der erwerbende Erbe die direkte Haftung, so haften die veräußernden Erben nur noch nach den bürgerlichrechtlichen Vorschriften. Zu ihren Gunsten gilt die Verjährungsfrist des § 26.

Führen die Miterben das ererbte Handelsgeschäft ohne die bisherige Firma fort, so ist diese Fortführung auf die Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten ohne Einfluß. Die Erben haften für diese Verpflichtungen lediglich nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Nur wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Übernahme der Geschäftsverbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von den Erben bekanntgemacht worden ist, tritt ohne Rücksicht auf die aus den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts sich ergebende Haftung ihre unbeschränkte Haftung für die früheren Geschäftsverbind-

---

[1]) Staub, Komm. Bd. 1 S. 171 Anm. 26.

[2]) Düringer-Hachenburg, Komm. Bd. 1 S. 268 Anm. 6; Goldmann, Komm. Bd. 1 S. 136 Anm. 5; Lehmann-Ring, Komm. Bd. 1 S. 100 Nr. 8; Staub, Komm. Bd. 1 S. 172 Anm. 31.

lichkeiten ein. Die Frage, ob in der Fortführung des Geschäfts ohne die bisherige Firma eine Annahme der Erbschaft zu erblicken ist,[1]) und ob die Gründung einer offenen Handelsgesellschaft vorliegt, ist von Fall zu Fall zu entscheiden.[2])

Oft können die Miterben verschiedener Meinung darüber sein, ob und in welcher Weise das zum Nachlaß gehörige Handelsgeschäft fortzuführen sei.

Nach § 2033 BGB. kann jeder Miterbe über seinen Anteil am Nachlaß verfügen, nicht aber über seinen Anteil an einem einzelnen Nachlaßgegenstand. Als solcher wird sich in der Regel das hinterlassene Handelsgeschäft darstellen, so daß also den Miterben nur eine gemeinschaftliche Verfügung über das Geschäft zusteht (§§ 2038, 741 ff. BGB.). Führt nun die Verwaltung des Nachlasses zu Streitigkeiten unter den Miterben, so kommt es für die Entscheidung darauf an, ob man die Fortführung oder Einstellung des zu einem Nachlaß gehörenden Handelsgeschäfts als eine zur Erhaltung des Nachlasses notwendige Maßregel oder als einen Akt der ordnungsmäßigen Verwaltung der Hinterlassenschaft anzusehen hat.[3]) Lediglich aus der Beantwortung dieser Frage ergibt sich, daß entweder der einzelne Erbe allein oder nur die Gesamtheit der Miterben über Fortführung oder Einstellung des Geschäfts zu entscheiden hat. Ohne die Mitwirkung des einzelnen Erben können nur die zur Erhaltung des Nachlasses erforderlichen Maßregeln getroffen werden. Ob aber die Einstellung oder die Fortführung eines Geschäfts als Erhaltungsmaßregel zu gelten hat, läßt sich nicht allgemein sagen; dies wird vielmehr der Beurteilung des Einzelfalles unterliegen.[4]) Ebenso wird es von den konkreten Umständen abhängen, welche Maßregeln zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses erforderlich sind. Es liegt auf der Hand, daß sich sowohl die Einstellung wie die Fortführung des Geschäftsbetriebes unter Umständen als Erhaltungs- bezw. Verwaltungsmaßregel darstellen kann.

---

[1]) So Staub, Komm. Bd. 1 S. 170 Anm. 25.

[2]) Düringer-Hachenburg, Komm. Bd. 1 S. 271 Anm. 10; Staub, Komm. Bd. 1 S. 170 Anm. 25; anders Boehm, Erbrecht S. 423.

[3]) § 2038 BGB.

[4]) Düringer-Hachenburg, Komm. Bd. 1 S. 272.

Staub erblickt in der Fortführung des Geschäfts mit der Firma einen Akt der Verwaltung. Deshalb behält nach seiner Auffassung im Widerstreit der Meinungen derjenige Recht, der die Fortführung verlangt. Will also der einzelne Erbe der sich aus der Fortführung des Geschäfts über die Überlegungsfrist hinaus ergebenden unbeschränkten Haftung entgehen, so muß er die Erbschaft ausschlagen.[1])

Diese Auffassung muß abgelehnt werden. Vielmehr kann die Fortführung eines zum Nachlaß gehörenden Geschäfts durch die Miterben nach § 27 HGB. nur einstimmig beschlossen werden, weil es sich dabei schon wegen der im Falle der Fortführung eintretenden schlechthin unbeschränkten Haftung für die früheren und die künftigen Geschäftsverbindlichkeiten um eine über die ordnungsmäßige Verwaltung eines Nachlasses weit hinausgehende Maßnahme handelt. Wohl aber ist möglich, daß die Fortführung durch einen oder mehrere Miterben mit Einwilligung der übrigen erfolgt.[2])

Die Staubsche Auffassung würde auch einen Eingriff in die Privatrechtssphäre des einzelnen Erben bedeuten. Man muß es vielmehr dem Willen des einzelnen überlassen, ob er das Geschäft für seine Person fortführen oder einstellen will.[3]) Letzterenfalls haften dann nur diejenigen Miterben, die tatsächlich das Geschäft unter der bisherigen Firma nach Ablauf der für sie maßgebenden Überlegungsfrist, die für jeden verschieden laufen kann, fortführen. Den einstellenden Miterben berührt der Eintritt der unbeschränkten Haftung in der Person der anderen Erben nicht.

---

[1]) Staub, Komm. Bd. 1 S. 171 Anm. 27.

[2]) Strohal, Erbrecht Bd. 2 S. 91.

[3]) Düringer-Hachenburg, Komm. Bd. 1 S. 272; Lehmann-Ring, Komm. Bd. 1 S. 99 Nr. 4.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.